

LE
SERMENT DÉCISOIRE

Thèse pour le Doctorat

*L'acte public sur les Matières ci-après sera soutenu
le jeudi 10 Mars 1910, à 1 heure 1/2*

PAR

MARCEL CAVEROC

Lauréat de la Faculté
Avocat à la Cour d'appel

Président : M. TISSIER

Suffragants : MM. { PIEDELIÈVRE } *Professeurs*
 { HITIER }



PARIS

SOCIÉTÉ FRANÇAISE D'IMPRIMERIE ET DE LIBRAIRIE

ANCIENNE LIBRAIRIE LECÈNE, OUDIN ET C^{ie}

15, rue de Cluny, 15

1910

THÈSE POUR LE DOCTORAT

LE
SERMENT DÉCISOIRE

Thèse pour le Doctorat

*L'acte public sur les Matières ci-après sera soutenu
le jeudi 10 Mars 1910, à 1 heure 1/2*

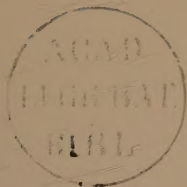
PAR

MARCEL CAVEROC

Lauréat de la Faculté
Avocat à la Cour d'appel

Président : M. TISSIER

Suffragants : MM. { PIEDELIÈVRE }
 { HITIER } *Professeurs*



PARIS

SOCIÉTÉ FRANÇAISE D'IMPRIMERIE ET DE LIBRAIRIE

ANCIENNE LIBRAIRIE LECÈNE, OUDIN ET C^{ie}

15, rue de Cluny, 15

1910

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A MON PÈRE, A MA MÈRE

Témoignage de mon affection et de ma reconnaissance.

BIBLIOGRAPHIE

Accarias : *De la transaction.*

Aubert : *Histoire du Parlement de Paris de l'origine à François I^{er} (1250-1515)*, t. II.

Aubry et Rau : *Cours de Droit civil français*, 4^e édition, t. VIII.

Baudry-Lacantinerie et Barde : *Traité théorique et pratique de Droit civil*, 2^e édition, Obligations, t. III, 2^e partie.

Beaudoin : *Remarques sur la preuve par le serment du défendeur dans le droit franc, Annales de l'Université de Grenoble*, 1896, t. VIII.

Bonnier : *Traité des preuves*, 5^e édition, revue par M. Larnauze.

Charrier : *Le Serment*, thèse, Paris, 1899.

Dalloz : *Répertoire de Législation*, v^o Obligations.

Declareuil : *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 1898 et 1899.

Demolombe : *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. XXX.

Domat : *Les lois civiles*

Geouffre de Lapradelle : *Evolution historique du serment décisore en droit romain*, thèse, Paris, 1894.

Girard : *Manuel élémentaire de Droit romain*, 4^e édition, 1906.

Giraud : *Le Serment décisore, Revue critique de jurisprudence*, 1864.

Glasson : *Histoire du Droit et des Institutions de la France*, t. III et VI.

Glasson : *Précis élémentaire de l'Histoire du Droit.*

Glasson : *Précis théorique et pratique de Procédure civile*, 1902, t. I.

Glötz : *Etudes sociales et juridiques sur l'antiquité grecque*, Hachette, 1906.

Huc : *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VIII.

Jourdan : *La prescription d'après le Code civil allemand*, thèse, Aix, 1906.

- Laurent** : *Principes de Droit civil*, t. XX.
Le Senne : *Des moyens de preuve dans l'instance en séparation de corps*, France judiciaire, 1878-1879.
Lessona : *Le serment est-il une transaction ?* Revue trimestrielle de Droit civil, t. III, 1904.
Loché : *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XII.
Marcadé : *Explication théorique et pratique du Code civil*, 7^e édition, t. V.
Michoud : *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. II.
Planiol : *Traité élémentaire de Droit civil*, 4^e édition, t. II.
Schopenhauer : *Bibliothèque de philosophie contemporaine, Parerga et Paralipomèna, Ethique, droit et politique*, première traduction française avec préface et notes par Auguste Dietrich, Alcan, 1909.
Tardif : *Procédure civile et criminelle au XIII^e et au XIV^e siècle*.

OUVRAGES ÉTRANGERS.

- Chiovenda** : *Principii di Diritto processuale civile*, 2^e édition, Naples, 1909.
Ferrara : *Studii e questioni di diritto processuale civile*, Naples, 1908.
Klein : *Vorlesungen über die Praxis des österreichisches Zivilprozesses*, Vienne, 1900.
Schwartz : *Erneuerung deutscher Rechtspflege*, Halle, 1908.
Weismann : *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes*, t. I, Stuttgart, 1903.



AVANT-PROPOS

Dans les travaux qui ont été jusqu'ici consacrés au serment, le serment décisore n'a jamais tenu qu'une place secondaire ; aucune étude spéciale n'a été donnée relativement à cette forme particulière du serment.

C'est cette étude que nous voudrions faire ; c'est ce travail que nous voudrions présenter.

Notre but est de n'étudier le serment décisore que comme institution de droit civil et de laisser de côté tout ce qui est relatif à la procédure. Nous l'étudierons tel qu'il est réglementé par les articles 1357 et suivants du Code civil, en faisant abstraction toutefois de l'article 1365, qui trouverait mieux sa place dans une étude sur le cautionnement et la solidarité.

Le sujet étant ainsi délimité, dans une première partie nous envisagerons le serment décisore dans son évolution historique, jusqu'au moment où il s'est définitivement constitué.

La deuxième partie sera consacrée à l'étude du serment décisore en droit français : nous y examinerons quelles dérogations importantes il apporte au

droit commun sur le système des preuves, quelle est exactement sa nature juridique et sa force probante, quels sont ses effets, à quelles règles et à quelles conditions il obéit.

Dans une troisième partie, nous donnerons une idée générale des règles qui gouvernent le serment décisoire dans certaines législations étrangères, et nous nous livrerons à l'examen de quelques questions qui ont été soulevées, en Italie et en Allemagne en particulier, à propos du serment décisoire ; nous verrons quelle solution elles y ont reçue, quels problèmes plus généraux elles ont fait naître.

Dans une Introduction préalable, nous parlerons du caractère religieux du serment en général ; nous verrons ce qu'il fut chez les Grecs et chez les Romains, ce qu'il a été dans notre ancien droit, ce qu'on a entendu faire à ce sujet au moment de l'apparition du Code civil, et enfin s'il persiste encore aujourd'hui.

INTRODUCTION

CARACTÈRE RELIGIEUX DU SERMENT

Avant d'aborder l'étude qui doit faire l'objet de ce travail et d'entrer dans le cœur de notre sujet, il nous paraît utile de revenir, à notre tour, après tant d'autres, sur le caractère religieux du serment. Ce n'est pas que nous prétendions jeter sur la question une lumière nouvelle, mais il est des problèmes généraux qui sollicitent l'attention et qu'on ne saurait négliger quand on aborde une étude avec laquelle ils sont en rapport intime. C'est ainsi que lorsqu'on parle du serment, on se pose à peu près inévitablement cette interrogation : le serment est-il ou n'est-il pas un acte religieux ? De plus, ce caractère dominant le sujet, il nous semble impossible de traiter à fond une étude sur le serment, si particulière soit-elle, comme l'est en l'espèce celle sur le serment décisive, sans donner un aperçu aussi rapide que possible du rôle joué par la religion dans le serment.

En effet, qu'on étudie le serment en général ou bien une de ses formes particulières, comme le serment décisoire et supplétoire, ou encore le serment des témoins et des jurés, pour ne parler que de ceux-là, on n'étudie, en somme, qu'une seule et même institution, mais qui, suivant les circonstances et le but auquel elle tend, revêt des aspects différents; au fond, il s'agit toujours du même serment et, en théorie¹, du moins, il semble logique, si on trouve ou si on ne trouve pas la religion à la base du serment, envisagé d'une façon générale, abstraction faite de ses applications, de dire qu'elle se rencontre ou qu'elle ne se rencontre pas dans ses dérivés, dans ceux qui puisent en lui leurs racines; car, dans son essence, le serment n'est qu'un, de même que pour contracter il n'y a qu'une manière, l'accord des parties, mais qui pourtant, suivant le but qu'on se propose, pourra se diversifier et donner naissance aux différentes espèces de contrats auxquelles on peut recourir, à un contrat de vente, à un contrat de louage, à un contrat d'hypothèque par exemple. Dans une étude sur le serment décisoire, le caractère religieux du serment nous paraît donc mériter la première place, et comme notre but, dans ce travail, n'est pas de nous livrer à des considérations philosophiques sur les rapports qui peuvent exister entre la religion et le serment, mais d'étudier, au point de vue

1. Nous disons en théorie, car nous verrons la solution qu'il faut donner aujourd'hui à cette question.

juridique, une institution particulière, nous avons pensé que nous pouvions en faire l'objet de notre Introduction.

L'histoire seule peut éclairer un tel sujet ; seule, elle permet de répondre à la question que nous avons posée ; mais avant d'examiner dans quel sens il faut la résoudre actuellement, il n'est pas sans intérêt de jeter un regard sur l'antiquité, aussi bien pour indiquer ce qu'elle présente d'original à ce point de vue, que pour montrer combien les rapports de la religion et du serment remontent haut et datent de loin.

En Grèce ¹, où la religion a joué un si grand rôle, il serait surprenant que le serment ne fût pas considéré comme un acte religieux : le contraire ne se comprendrait pas. Aussi y remarque-t-on une profusion extrême de serments, et non de serments quelconques, mais de serments qui se distinguent par le caractère religieux qui les accompagne. Qu'on envisage, en effet, le peuple grec dans ses rapports avec lui-même, c'est-à-dire dans les rapports qu'un citoyen a avec un autre citoyen, ou bien dans ses rapports avec les autres nations, tout acte n'est vraiment parfait que par la prestation d'un serment religieux, sans laquelle il n'aurait aucune signification : avant d'embrasser une carrière, avant de se lancer dans une profession, avant de conclure un marché, avant d'entamer un procès, le Grec

1. Glotz, *Etudes sociales et juridiques sur l'antiquité grecque*, Hachette, 1906, p. 99 et suiv.

invoque un dieu ; avant de signer un traité, on doit faire appel à la Divinité.

Ce rôle joué par la Divinité dans la vie des Grecs tient à ce que, chez eux, les dieux sont considérés comme des témoins qui assistent celui qui jure et qui donnent à sa parole ou à l'acte qu'il accomplit plus de force et de poids, et c'est cette idée qu'expriment très clairement ces paroles que met Homère dans la bouche d'Hector en s'adressant à Achille : « Lions-nous l'un à l'autre avec la garantie des dieux, car ce sont les meilleurs témoins et surveillants des accords. »

Les Grecs partent de ce principe qu'il faut à tout acte de la vie une garantie, une sûreté, et, n'en trouvant pas à leurs yeux de plus solide, de plus certaine que celle qui consiste à invoquer les dieux, ils leur demandent, tout en s'engageant et en accomplissant un fait quelconque, de leur venir en aide et d'assurer par l'effet de leur toute-puissance, non seulement l'exécution de ce qu'ils ont promis, de ce qu'ils ont juré, mais aussi et surtout la fidélité à tenir leur promesse et leur engagement ; et même, pour donner plus de réalité à cette conception abstraite, ils matérialisent en quelque sorte les êtres supérieurs invoqués : ils leur donnent un sexe, un âge, une position sociale pour les rapprocher davantage d'eux, et cette idée est poussée tellement loin, qu'un Grec ne se hasarderait jamais à invoquer une divinité qui n'a pas dans la cité qu'il habite un sanctuaire, parce qu'il ne la considère

pas alors comme faisant partie de son groupe, de sa famille, comme étant, en définitive, un des siens, et qu'il craindrait qu'une divinité si éloignée de lui et si peu mêlée à sa vie ne prêtât qu'un faible appui à l'acte ou à la promesse qu'il va faire.

En Grèce donc, où le serment tient une si grande place dans toutes les manifestations de l'activité individuelle et sociale, les rapports qu'il a avec la religion sont très étendus, et si on a pu dire que les dieux avaient un commerce incessant avec chacun des Grecs, il semble bien que ce soit principalement en ce qui concerne le serment que cette affirmation puisse rencontrer le plus de crédit. Et on comprend d'ailleurs fort bien qu'il en soit ainsi, puisque, d'après l'étymologie communément admise chez les Grecs, le serment (*ὄρκος*) est une « barrière » morale opposée à la liberté des paroles et des actions humaines, et que sur cette barrière veillent toujours des dieux ¹.

Cette façon d'envisager le serment, de la part des Grecs, ne permet pas de douter qu'il soit pour eux un acte essentiellement religieux ; on en peut encore moins douter quand on examine comment était organisée, chez eux, la répression du parjure et quelle conception ils en avaient. Car, de même qu'on apporte plus de négligence et moins de scrupule à l'accomplissement de ce dont on fait un usage trop fréquent, les Grecs, qui

1. Glotz, *op. cit.*, p. 99.

juraient à propos de tout, étaient amenés par une pente facile à se parjurer. Mais, ce qui est remarquable, c'est que jamais, à aucune époque et dans aucune ville, il n'est fait mention d'une action criminelle qu'on pût intenter contre celui qui s'était rendu coupable de parjure : dans le domaine du serment, les simples mortels n'ont pas à intervenir, les dieux seuls y ont accès, et pour réprimer un acte d'une telle gravité, aucune puissance humaine n'est digne d'en prendre l'initiative. C'est cette raison, ajoutée à celle tirée de leur foi intense dans l'intervention des dieux, qui explique pourquoi les Grecs leur ont réservé le soin de punir à leur guise celui qui a osé faire si peu de cas de leur assistance, en se parjurant. Par conséquent, si les dieux se chargent de venir en aide à celui qui jure, c'est aussi à eux qu'est dévolue la mission de le punir, s'il ne tient pas sa parole, mission d'autant plus lourde que les Grecs la considéraient comme subsistant même après la mort du coupable, car « si on arrive à échapper aux Erinnyes en ce monde, on les retrouve aux enfers, où on ne les évite pas ¹ ».

A Rome, on trouve les mêmes conceptions et les mêmes idées sur les rapports de la religion et du serment ; il faut reconnaître, cependant, que, chez les Romains, à l'imagination moins vive et à l'esprit plus positif que les Grecs, l'intervention des dieux est moins

1. Glotz, *op. cit.*, p. 183 et suiv.

apparente, moins intime, moins prononcée, mais elle est évidente, et le rôle qu'ils jouent dans leur vie ne peut être méconnu, et on pourrait répéter à propos de Rome ce que nous avons dit à propos de la Grèce : chaque profession, par exemple, a son dieu attitré, qu'on invoque et dont on réclame l'assistance avant d'agir ; chez les deux peuples, on rencontre à peu près les mêmes cérémonies qui accompagnent la prestation du serment, cérémonies dont la principale est le sacrifice ; et c'est au caractère religieux du serment que fait allusion Cicéron dans cette formule concise, mais en même temps très-claire : *Affirmatio religiosa*. Cette ferme croyance dans l'intervention de la Divinité explique comment les Romains ont donné au serment un rôle prépondérant parmi leurs institutions. « Le serment eut tant de force chez ce peuple, écrit Montesquieu, que rien ne l'attacha plus aux lois. Il fit bien des fois pour l'observer ce qu'il n'aurait jamais fait pour la gloire ni pour la patrie. » Et il ajoute plus loin : « Rome était un vaisseau tenu par deux ancrs dans la tempête : la religion et les mœurs ¹. »

Quoi qu'il en soit, il faut reconnaître que cette religion, si on peut véritablement appeler de ce nom des pratiques et des croyances purement extérieures, qui n'atteignent pas l'individu au plus intime de lui-même, était bien primitive pour pouvoir subsister et continuer

1. Montesquieu, *Esprit des Lois*, l. VIII, ch. XIII.

à donner au serment l'aspect d'un acte religieux. Avec la décadence romaine, la source à laquelle il puisait sa vitalité se serait vite tarie, s'il ne s'était produit l'intervention d'une puissance nouvelle, pour imprimer au serment une impulsion à la fois plus durable et plus précise. Il fallait l'action bienfaisante de l'Eglise et le triomphe du christianisme pour que le serment présentât le caractère plus nettement dessiné, et plus véritable aussi d'acte religieux. Désormais, en effet, on jure à l'église, même pour le serment judiciaire, la main sur l'autel, ou sur les saintes Écritures, au nom du Dieu tout-puissant. On peut dire que dès lors le serment et la religion ne font qu'un ; ils s'appellent et s'accompagnent l'un l'autre, et les barbares eux-mêmes, dominés par cette force inéluctable, préfèrent aussi, à la prestation du serment sur les armes, la prestation d'après les formes que, dès le Bas-Empire romain, l'Eglise avait arrêtées et fait admettre.

Pourtant, à une époque de guerres et de luttes incessantes, où la civilisation n'est pas encore arrivée à cet état plus perfectionné qu'elle devait atteindre plus tard, on ne peut guère s'étonner que la religion ait ressenti le contre-coup de ces divisions : ce ne sont sans doute plus ces croyances naïves à l'intervention des dieux, telles que nous les avons vues se manifester chez les Grecs et qu'on rencontrait également à Rome à une époque où le paganisme triomphait ; mais on remarque, dans les historiens du temps, une étroitesse d'esprit extraor-

dinaire, et nombreux sont ceux qui auraient respecté un serment prêté sur les reliques ou sur les restes de tel saint et qui l'auraient, sans scrupule, violé sur ceux de tel autre, parce qu'ils ne se croyaient pas engagés d'une manière aussi ferme. Mais, en même temps, on assiste à une profusion excessive de formules de toutes sortes, et il faut arriver vers la fin du moyen âge pour en trouver de plus simples, de mieux adaptées au milieu et de plus en rapport déjà avec une civilisation qui se perfectionne ; car la religion, elle aussi, à cette époque, tend à se relever et à se fonder sur des croyances plus sérieuses et plus solides. C'est ainsi qu'après avoir prêté serment sur tout ce qui rappelait un souvenir religieux ou présentait un caractère mystique, on en arrive, par suite d'une évolution qu'il serait trop long de retracer, mais qui a été hâtée surtout par quelques arrêts de Parlement rendus aux ^{xvi}^e et ^{xvii}^e siècles, à ne jurer que sur les « Saints Evangiles », ou bien *in præsentia corporis Christi*. Enfin, vers la même époque, on en vient à une simplification plus grande encore, car, comme beaucoup d'institutions, le serment devait partir d'un enchevêtrement et d'une complication extrêmes pour aboutir à des formalités plus simples : on jure en levant la main sur l'Evangile ; puis, au ^{xviii}^e siècle, très probablement pour éviter toute différence entre les diverses confessions religieuses, la forme unique de jurer est celle qui consiste à lever la main ¹.

1. Charrier, *Le Serment*, thèse, Paris, 1899, p. 18 et suiv.

Ce qu'il faut remarquer, c'est que cette manière de jurer est le dernier terme de la longue évolution qui s'est faite à travers les siècles et dont nous n'avons marqué que les lignes principales : si, en elle-même, elle ne dénote aucun caractère religieux, il est difficile de lui en dénier un, quand on voit par quelles formalités on était passé, ayant toutes une signification religieuse plus ou moins prononcée suivant les époques, avant d'arriver à cette dernière forme de prêter serment. D'ailleurs, le caractère religieux du serment n'était pas mis en doute et les auteurs le font nettement ressortir. C'est, par exemple, Domat, qui le définit « un acte religieux où celui qui jure prend Dieu pour témoin... » ; c'est Ferrière, qui écrit qu'il est « l'affirmation par laquelle on prend Dieu à témoin qu'on dira la vérité » ; c'est Pothier, qui dit que « c'est un acte religieux par lequel une personne, etc... ».

Après la Révolution, et avant le Code civil, on avait eu la pensée d'abolir le serment d'une manière absolue, et de le remplacer, dans tous les cas, par une affirmation pure et simple. Ainsi, dans le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV, l'article 185 était ainsi conçu : « Les témoins promettent à l'audience de parler sans haine et sans crainte, de dire la vérité, toute la vérité, rien que la vérité ¹. »

1. De même, l'article 343 qui portait cette rédaction : Le président adresse aux jurés le discours suivant : « Citoyens, vous promettez d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse les charges

De même, il faut rappeler, sans qu'il soit utile d'y revenir d'une façon détaillée, que dans les divers projets du Code civil élaborés par Cambacérès, le serment était supprimé, et que dans celui qui devait donner naissance au Code de 1804, le serment était remplacé par l'affirmation judiciaire. On connaît aussi la discussion qui eut lieu, à ce propos, au Conseil d'Etat : elle eut pour résultat de substituer, dans le Code civil, le serment à l'affirmation judiciaire, laquelle, au dire des orateurs qui ont pris part aux débats, avait l'inconvénient d'être ambiguë et de ne pas donner l'impression assez nette, assez précise, de l'acte religieux qu'on accomplissait en prêtant serment ¹.

Dans le Code civil, par conséquent, il paraît bien que ce qu'on a voulu sanctionner, en édictant le serment, c'est un acte religieux. Mais la question qu'il est permis de se poser et qu'il faut résoudre, c'est celle de savoir si, actuellement encore, le même caractère est attaché au serment ; si, par le fait même qu'on lève la main et qu'on prononce ces simples mots : « Je le jure, » on accomplit un acte religieux ?

Certains auteurs, comme, par exemple, MM. Aubry et Rau, Bonnier, Baudry-Lacantinerie, ne font aucune

portées contre tel, etc. » Chacun des jurés répond : « Je le promets ! » — De même, l'article 350 : « Le président, avant de recevoir la déposition de chaque témoin, lui fait promettre de parler sans haine et sans crainte. »

1. Cf. Favard dans son rapport au Tribunat, Loqué, XII, p. 541, et Charrier, *op. cit.*, p. 24.

distinction et répondent affirmativement ¹. D'autres, au contraire, comme MM. Laurent et Garsonnet, pensent que le serment, par cela seul qu'il ne renferme pas dans sa formule les mots « devant Dieu », n'a nullement une signification religieuse, sauf pour ceux qui croient en Dieu ; et la tendance actuelle est d'interpréter le serment comme une promesse, dont la solennité n'implique pas nécessairement l'invocation à la Divinité, et de dire que le terme de jurer, qui est constitutif de cette solennité, ne signifie pas forcément qu'on prend Dieu pour témoin de la promesse ².

D'abord, il est un point qui ne paraît pas douteux, et on ne saurait contester que les formules qui contiennent expressément une invocation à la Divinité aient une signification religieuse. C'est ce qui se présente principalement pour le serment imposé aux jurés par l'article 312 du Code d'instruction criminelle, dans lequel on lit : Le président adressera aux jurés, debout et découverts, le discours suivant : « Vous jurez et pro-

1. Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, VIII, § 753, p. 181 : « Le serment est un acte tout à la fois civil et religieux, par lequel celui qui jure prend Dieu à témoin de la vérité d'un fait ou de la sincérité d'une promesse, et l'invoque comme vengeur du parjure. Le serment considéré comme une simple déclaration civile serait un non-sens. » Bonnier, *Traité des preuves*, 5^e édition, revue par M. Larnaude, p. 375 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité de Droit civil, Obligations*, III, 2^e partie, n^o 2727.

2. Cf. la *Grande Encyclopédie*, v^o *Serment*, où on cite cette définition du mot « jurer » donnée par l'Académie française : « Jurer, affirmer par serment, en prenant Dieu, quelqu'un ou quelque chose à témoin. »

mettez devant Dieu et devant les hommes d'examiner... etc. » Chacun des jurés, appelé individuellement par le président, répondra, en levant la main : « Je le jure, » à peine de nullité ; et par l'article 348 du même Code, dans son troisième alinéa, qui est ainsi conçu : Le chef du jury se lèvera, et, la main placée sur son cœur, il dira : « Sur mon honneur et ma conscience, devant Dieu et devant les hommes, la déclaration du jury est : Oui, l'accusé, etc. ; non, l'accusé, etc...¹ »

Mais, pour les autres formules de serments, qui ne contiennent aucune invocation à la Divinité, ce qui se présente pour toutes à peu près, faut-il donner la même réponse et doit-on dire qu'ils ont une signification religieuse ?

A répondre négativement, on éprouve une certaine hésitation, car c'est par là même reconnaître au serment des jurés un caractère religieux et le dénier à

1. La signification religieuse du serment imposé aux jurés par l'article 312 est évidente, et c'est ce qui explique le grand nombre de vœux déposés par les jurys demandant la modification de ce serment. On nous permettra de citer, entre autres, à titre de document récent, un vœu du jury de l'Yonne rapporté dans le *Temps* et les *Débats* du 6 août 1909 : « Le jury de l'Yonne : considérant que le mot Dieu inséré dans le serment imposé aux jurés par l'article 312 du Code d'instruction criminelle blesse souvent la conscience de nombreux citoyens libérés de toute croyance déiste ; que, si ces citoyens prêtent le serment, c'est qu'ils veulent rester dans la légalité, mais que c'est pour eux une occasion de froissement de conscience ; que la suppression du mot Dieu dans la formule du serment doit être la conséquence de l'enlèvement des christs des prétoires ; émet le vœu que le mot Dieu soit supprimé du serment légal imposé aux jurés en cour d'assises. »

tous les autres serments, et une législation qui consacrer une telle différence peut paraître, au premier abord du moins, illogique; car, comme nous le disions, le serment n'est qu'un, et si on attribue une signification religieuse à l'un de ses dérivés, on doit la trouver dans tous les autres. Et pourtant, si on fait abstraction de cette idée théorique pour se rapprocher davantage de la réalité, il semble difficile, quand on y réfléchit, de ne pas reconnaître cette différence qu'on ne peut plus qualifier d'illogique, si elle se soutient par des raisons valables et réelles.

En effet, ne peut-on pas vraisemblablement soutenir que la question de savoir si un serment, dont la formule n'implique en rien une invocation à la Divinité, est ou n'est pas un acte religieux, a ou n'a pas une signification religieuse, est une question qui est en étroite union avec les mœurs et les sentiments d'un pays à une époque déterminée? Et, s'il est vrai qu'en 1804, au moment où est apparu le Code, le législateur ait voulu mettre en pratique un serment religieux, ne peut-on pas dire qu'il n'a légiféré que pour son temps et qu'il ne pouvait lier les époques à venir, surtout celles qui, comme la nôtre, assisteraient à une décroissance et à un amoindrissement indéniables des sentiments religieux? Dès lors, le serment est ou n'est pas un acte religieux, suivant les convictions de celui qui le prête, et tel peut fort bien penser faire en jurant un acte qui l'engage gravement, parce qu'il a entendu prendre

Dieu à témoin de la déclaration qu'il faisait, alors qu'un autre peut ne voir dans le fait de prêter serment qu'un acte banal, sans portée aucune, parce qu'il n'a pas de convictions religieuses et qu'il ne croit pas à l'intervention de la Divinité. Du reste, quand on y réfléchit, en quoi la formule sèche et nue du serment d'un témoin en cour d'assises, par exemple, qui à la question du président : « Vous jurez de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité, rien que la vérité, » répond : « Je le jure, » a-t-elle une signification et une portée religieuses, si celui qui la prononce ne vient y ajouter le poids de ses sentiments et de ses convictions intimes ?

A supposer même que le serment ait, par lui-même, ce sens et cette portée, comment un législateur, voulant le laïciser, pourrait-il manifester ce changement et le faire apparaître, alors que la formule nouvelle serait identiquement semblable à celle de la veille, car on n'en peut pas supposer et imaginer de plus neutre ; et on l'a si bien compris, que, de 1882 à 1889, les tentatives qui ont été faites pour arriver à ce résultat ne visaient que le serment des jurés, auquel seul on peut apporter une modification et un changement, parce que seul il a par lui-même une signification religieuse. D'ailleurs, quand bien même ce but serait atteint, il n'empêcherait pas ceux qui voudraient, malgré tout, donner une signification religieuse à la formule ainsi laïcisée de la lui donner, tant il est vrai que c'est une

question qui dépend uniquement des sentiments individuels, et que chacun la peut régler à sa guise, comme il l'entend, suivant la force et le degré de ses croyances.

Enfin, il semble bien que la solution que nous proposons se présente encore avec plus de vérité, depuis qu'on a enlevé des prétoires et des salles d'audience les emblèmes religieux, et que rien n'est plus là pour rappeler à celui qui jure la gravité de l'acte qu'il va accomplir, la signification du serment qu'il va prêter ; depuis surtout qu'on a voté la séparation des Églises et de l'État, c'est-à-dire depuis le jour où la religion n'est plus reconnue par l'État, et où un législateur ne peut plus imposer à qui que ce soit la prestation d'un serment qui serait, par lui-même, un acte religieux. A ce point de vue encore, le caractère religieux du serment est intimement lié aux mœurs et aux idées d'une époque, à la façon dont elle se comporte et dont elle pense.

Ce caractère religieux, en histoire, ne peut être méconnu ; mais, aujourd'hui, il paraît bien ne pas s'imposer d'une manière si évidente, et nous arrivons à cette conclusion que, pour résoudre la question que nous avons posée, il faut tenir compte d'un certain nombre d'éléments. Ce que nous avons voulu montrer, c'est que le serment, exception faite pour celui des jurés, n'a pas, par cela seul qu'on prononce la formule abstraite : « Je le jure, » une signification religieuse ; mais ce n'est pas à dire qu'on puisse le comprendre sans la religion.

Schopenhauer se demande ce qu'il adviendrait du serment le jour où toutes les religions sombreraient et où toute foi disparaîtrait, et il estime qu'il y a « une signification du serment purement morale, indépendante de toute foi positive, et cependant réductible à des notions claires, qui, comme un sanctuaire d'or pur, pourrait survivre à cet incendie universel de l'Église ». Nous ne le croyons pas, et nous ne partageons pas sa conclusion, quand il dit qu'« on pourrait même très bien admettre à prêter serment un homme qui ne professerait aucune religion ¹ ». Car c'est la religion qui donne au serment sa valeur et sa portée, et pour qui n'en professe aucune, il n'est qu'un acte banal, à peu près semblable à une simple déclaration, et qui ne s'en distingue que par le fait qu'on lève la main et qu'on prononce une formule solennelle.

1. Schopenhauer, *Parerga et Paralipomena*, *Éthique, Droit et Politique*, première traduction française par Auguste Dietrich, Bibliothèque de philosophie contemporaine, Félix Alcan, 1909, p. 112 à 115.

LE SERMENT DÉCISOIRE

PREMIÈRE PARTIE

ÉVOLUTION HISTORIQUE DU SERMENT DÉCISOIRE ¹

CHAPITRE PREMIER

LE SERMENT DÉCISOIRE EN DROIT ROMAIN ²

On ne peut méconnaître l'intérêt et l'utilité qu'il y a de commencer l'étude d'une institution quelconque par son évolution historique. Car on ne peut dire qu'on la connaît véritablement, dans son ensemble, que si on la prend à ses débuts, pour la suivre jusqu'au moment où elle est fixée sous les traits qui lui resteront défini-

1. Notre but n'est pas de présenter une étude approfondie d'histoire sur le serment décisore, mais simplement de retracer, d'une façon générale, son évolution, jusqu'à l'époque où il s'est définitivement constitué.

2. Nous avons puisé largement dans la thèse de M. Geouffre de Lapradelle (*Evolution historique du serment décisore en droit romain*, Paris, 1894) pour donner un aperçu du serment décisore en droit romain, et les idées que nous présentons ne sont à peu près que le résumé de celles qui se trouvent dans son travail.

tivement attachés. De plus, en l'envisageant aux différentes époques de son histoire, on se rend mieux compte des causes qui l'ont poussée à se développer dans un sens ou dans un autre, des circonstances qui ont mis en relief certains de ses caractères, qui en ont amoindri d'autres, des raisons qui ont contribué à lui donner une sphère d'application plus ou moins étendue, un rôle plus ou moins important, suivant les époques. L'évolution historique du serment décisoire présente cet intérêt et répond à cette utilité, et la physionomie sous laquelle il apparaît en droit romain n'est pas un des côtés les moins curieux de cette évolution.

La législation romaine connaissait trois espèces de serment : le *jusjurandum judiciaire*, le *jusjurandum voluntarium*, le *jusjurandum necessarium*¹.

Du premier, dont l'étude ne nous intéresse pas dès maintenant, nous nous contenterons de dire qu'il était déféré d'office par le juge.

Le *jusjurandum voluntarium*, qu'on a confondu pendant bien longtemps avec le *jusjurandum necessarium*, en est pourtant bien différent : le serment volontaire, en effet, a sa source dans la convention des parties, et elles sont libres ou bien de l'accepter ou bien de le refuser ; on comprend, dès lors, fort bien que les textes, à l'occasion de ce serment, et de ce serment

1. Digeste, l. XII, tit. 2, *De jurejurando sive voluntario, sive necessario, sive judiciali*.

seul, emploient ces expressions : *Proficiscitur ex conventionione ; speciem transactionis continet* ¹.

Le *jusjurandum necessarium*, au contraire, présentait un caractère de nécessité évidente, d'où son nom. Il fallait, en effet, pour qu'il fût prêté, procéder à une délation ; de plus, une fois déféré, le défendeur devait ou s'acquitter, ou jurer, ou le référer à son adversaire, et ce dernier ne pouvait pas se soustraire à le prêter. En outre, le *jusjurandum necessarium* avait comme but essentiel de trancher le procès et de mettre fin au différend ; il avait par lui-même force exécutoire, et c'est ce qui explique qu'on l'ait qualifié de *décisoire* pour rappeler cet effet important, et c'est pour le mettre en relief qu'on a été amené à le rapprocher, avec une grande vraisemblance, de l'effet produit par un jugement ².

Ces caractères sont importants à signaler, car ils servent à distinguer, au moins dans leurs traits les plus généraux, le serment décisoire du serment volon-

1. Nous ne voulons pas insister sur les caractères distinctifs du serment volontaire, dont l'étude dépasserait les limites de cet historique. Nous renvoyons à cet égard aux ouvrages de droit romain et à M. Geouffre de Lapradelle, *Evolution historique du serment décisoire en droit romain*, thèse, Paris, 1894, p. 24 et suiv.

2. C'est ce qu'exprime très clairement ce texte d'Ulpien, loi 56, *De re judicata* : *Post rem judicatam, vel jurejurando decisam, vel confessione in jure factum nihil quæritur*. — Le serment volontaire ne conduit pas directement à l'exécution : prêté par le défendeur, il a comme sanction soit une *denegatio actionis*, soit une *exceptio jurisjurandi* ; prêté par le demandeur, une *actio ex jurejurando*. D'où ces expressions des textes pour le serment volontaire : *nihil aliud quæritur quam an juratum sit* ; pour le serment nécessaire : *nihil quæritur*.

taire. Et, pourtant, si on ne s'attachait qu'à eux et si on n'essayait de scruter plus avant, on n'aurait du serment décisoire, en droit romain, qu'une idée vague et imparfaite, car il présente surtout une originalité remarquable, qu'il devait perdre à mesure que la procédure se simplifiait.

Si on se place au temps de l'Edit, à l'époque du plein développement de la législation romaine, on découvre un premier trait de cette originalité. En effet, le serment décisoire, qui a comme fonction essentielle de trancher le procès, est par là même intimement lié à la procédure ; mais il l'est d'une façon encore plus étroite et plus prononcée par le fait qu'il ne se rencontre que dans certaines formules d'actions. Sa sphère d'application habituelle et normale est limitée à deux d'entre elles, la *condictio certæ pecuniæ*, ou *actio certæ creditæ pecuniæ*, et l'*actio de pecunia constituta*, comme l'indiquent clairement un texte de Paul et le témoignage d'un jurisconsulte du Bas-Empire, Stéphane, professeur à Constantinople, qui dit que le serment décisoire ne se rencontrait, autrefois, que dans certaines actions, comme l'*actio si certum petitur*, qui est une dénomination inexacte et impropre pour désigner la *condictio certæ pecuniæ*¹, et aussi l'*actio de pecunia constituta*, alors que, de son temps², il a un domaine beaucoup plus étendu.

1. Girard, *Manuel élémentaire de Droit romain*, 4^e édition, 1906, p. 490, n. 2.

2. Geouffre de Lapradelle, *op. cit.*, p. 46 et suiv. Cf le même

du et apparaît en toute hypothèse. C'est dans ces deux actions que le serment décisoire a sa source ; c'est en elles aussi qu'il a sa sphère d'application normale et qu'il se présente sous ses traits propres et originaux.

Certaines autres actions, cependant, dénotent le serment décisoire, mais son rôle, tout en y étant très important, est tout autre. Dans ces actions, en effet, au nombre de trois, et qui sont l'*actio rerum amotarum*, l'action noxale et l'action d'injure de la loi Cornelia, il va servir à prouver certains faits qui ont été accomplis dans le secret, sans témoin, ou bien à en révéler d'autres, connus de celui-là seul qui les a perpétrés¹. Devant la difficulté, et même, pourrait-on dire, l'impossibilité, d'apporter de ces faits une preuve quelconque, comme, par exemple, au cas où la femme a, dans l'hypothèse d'un divorce, caché ou dissimulé certains objets, ou bien au cas où le maître a affranchi son esclave, alors qu'il connaissait le délit commis par lui, ou encore quand il s'agit de prouver que le délinquant a réellement eu l'intention de commettre une injure. on comprend que la législation romaine ait, dans ces trois

ouvrage sur les opinions divergentes, et Girard, *op. cit.*, p. 999, n. 1, p. 603, n. 1. — Paul, *Digeste*, l. XII, tit. 2, loi 14 ; *Quoliens propter rem juratur, nec parenti, nec patrono remittitur iusjurandum : propter rem autem iusjurandum exigitur ; veluti de pecunia credita, cum jurat actor, sibi dari oportere ; vel reus, se dare non oportere. Idem est, cum de pecunia constituta iusjurandum exigitur.*

1. Girard, *op. cit.*, p. 678, n. 1, pour l'action noxale ; et Geouffre de Lapradelle, *op. cit.*, pour les deux autres actions.

hypothèses spéciales, autorisé la délation du serment décisoire. Envisagé sous cet autre aspect, le *jusjurandum necessarium* apparaît donc avec une fonction nouvelle, celle de moyen de preuve ; mais, dans ce domaine, il perd un de ses caractères : le serment décisoire ne peut être référé à celui qui l'a déferé, comme l'indiquent les différents textes relatifs à ces trois actions, mais principalement le texte suivant, qui vise l'*actio rerum amotarum* : *Labeo scribit, mulieri non esse permitendum referre jusjurandum ; et ita edictum ordinatum videtur*¹.

Il faut donc laisser de côté ces applications du serment décisoire, dans lesquelles il se présente sous un aspect particulier, qu'il retrouvera, d'ailleurs, plus tard, au Bas-Empire, et en revenir à la *condictio certæ pecuniæ* et à l'*actio de pecunia constituta* pour avoir de l'institution romaine une notion exacte, et cela est d'autant plus utile qu'à l'étudier dans ces deux actions, on est amené à découvrir un nouveau trait original du serment décisoire.

En effet, parmi les caractères distinctifs de ces deux formules d'actions, l'un des plus importants est, à coup sûr, celui qui permettait l'insertion d'une *sponsio pœnalis* ou, pour parler plus exactement, d'une *sponsio et restipulatio*, c'est-à-dire d'une promesse réciproque d'une certaine somme, fixée au tiers du montant du

1. De actione rerum amotarum, loi 13. — De noxali actione, loi 21, § 2. — De injuriis, loi 5, § 8.

litige dans la *condictio certæ pecuniæ* et la moitié dans l'*actio de pecunia constituta*, pour le cas de perte du procès, et dont chaque plaideur pouvait provoquer l'administration au moment de l'organisation de l'instance ¹. Dès lors, ces deux institutions, le serment décisoire et la *sponsio*, qui se rencontrent ensemble dans les mêmes actions, vont nous apparaître intimement liées l'une à l'autre et dans des rapports étroits.

Il est évident, en effet, que la perspective d'avoir à payer ou bien le tiers du montant du litige, comme au cas de *condictio certæ pecuniæ*, ou même la moitié, comme au cas d'*actio de pecunia constituta*, était une perspective troublante pour les plaideurs, et il faut avouer qu'elle n'était pas de nature à les encourager à soutenir un procès ², car, bien qu'ils fussent persuadés de leur bon droit, ils pouvaient prévoir la possibilité qu'il tournât contre eux, par suite de la malchance, ou des surprises inhérentes à tout débat judiciaire, surtout à une époque où la procédure faisait triompher la justice suivant des formes légales et où le juge, surtout, était tenu de tirer les conséquences que lui indiquait la formule et

1. Gaius, *Institutes*, IV, 471 : *Ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, veluti de pecunia certa credita et pecunia constituta ; sed certæ quidem creditæ pecuniæ tertiæ partis, constitutæ vero pecuniæ partis dimidiæ.*

2. Le taux de la *sponsio* était particulièrement élevé en cas de *pecunia constituta*, car le défendeur poursuivi à tort pouvait obtenir une indemnité égale à la moitié de ce qu'on lui réclamait, et le demandeur qu'on n'avait pas payé sans procès avait droit à 50 0/0 de plus qu'on ne lui devait. (Girard, *op. cit.*, p. 603 et n. 1.)

de faire uniquement ce qu'elle lui prescrivait, même, comme le dit Cicéron, quand cela le conduisait à un résultat absurde, quand elle lui disait de condamner si la chose appartenait à une personne, et si elle n'était pas rendue à une autre¹. On comprend, alors, que « pour rassurer les plaideurs effrayés par la *sponsio*, la coutume ou la loi leur permît de déférer le serment à leur adversaire, avant qu'il n'eût stipulé la *sponsio tertiae partis* »².

Dans ses rapports avec la *sponsio*, le serment décisore est donc un contrepoids, et même un faux-fuyant, une échappatoire, pourrait-on dire, puisqu'il va permettre aux plaideurs, tout en ne renonçant pas au procès, de le faire trancher, sans en courir les risques, sans avoir surtout à s'acquitter de la *sponsio*.

En définitive, dans la législation romaine, le serment décisore apparaît nettement comme une institution rigide et étroite, sans largeur d'application. C'est même cette rigidité, ce sont ses rapports avec la *sponsio* qui expliquent comment on arrive à soutenir que le *jusjurandum necessarium* n'a pu exister *in judicio*. En effet, en dépit de quelques textes, dont l'interpolation est aujourd'hui reconnue³, le serment décisore ne peut

1. Girard, *op. cit.*, p. 1030 et n. 2.

2. Geouffre de Lapradelle, *op. cit.*, p. 88.

3. Girard, *op. cit.*, p. 1030, n. 1. Ces textes sont un texte de Paul, au *Digeste*, *De probationibus*, l. XXII, tit. 3, loi 25, § 3 : *In omnibus autem jussionibus quas proposuimus, licentia concedenda est ei cui onus probationis incumbit, adversario suo de rei veritate jusjurandum*

se rencontrer dans cette seconde phase du procès, car s'il est étroitement lié à la *sponsio*, si elle l'appelle nécessairement, s'il trouve en elle sa source et son fondement, là où elle n'existe pas, on ne saurait non plus le rencontrer. Or la *sponsio* n'intervenait qu'*in jure*, au moment où l'instance s'organisait, et jamais après la *litis contestatio*, une fois que le débat était lié. Dès lors, le serment décisoire, qui n'est donné que pour éviter les risques de la *sponsio*, ne peut, lui non plus, intervenir *in judicio* : dans cette seconde phase du procès, il ne présenterait aucune utilité ; il doit donc rester dans les limites tracées à la *sponsio*, et qu'elle-même lui a assignées.

Pourtant, il ne faudrait pas aller plus loin, et ce serait une erreur de croire qu'en droit romain, le serment n'apparaît qu'*in jure* et qu'il est inconnu dans la procédure *in judicio*. Dans cette seconde partie du procès, en effet, le serment intervient d'une façon certaine, mais c'est un serment d'une nature toute différente de celle qui appartient au serment décisoire. Sa sphère d'application est beaucoup plus étendue, parce que son domaine n'est pas limité à certaines

inferre, prius ipso pro calumnia jurante, ut iudex juramenti fidem secutus, ita suam sententiam possit formare, jure referendæ religionis ei servando ; et un texte d'Ulpien, au Digeste, De jurejurando, l. XII, tit. 2, loi 34, § 9 : Cum res in iusjurandum demissa sit, iudex jurantem absolvit, referentem audiet : et si actor juret, condemnet reum. Nolentem jurare eum, si solvat, absolvit : non solventem condemnat : ex relatione, non jurante actore, absolvit reum.

matières ; il est déferé, non par les parties, mais par le juge : d'où son nom de *jusjurandum giudicale*, au cas où, par suite de l'équivalence des preuves ou de leur défaut, il n'est pas suffisamment éclairé. Et c'est même l'existence de ce serment déferé *in giudicio* qui explique la transformation qu'a subie le serment décisoire, sous Justinien.

En effet, avec la simplification de la procédure, qui, au Bas-Empire, au lieu de se diviser en deux phases, comme à l'époque formulaire, est tout entière contenue dans une phase unique, il est facile de comprendre que, le procès se déroulant, depuis son début jusqu'à sa fin, devant le même fonctionnaire chargé de le trancher, le serment décisoire ait subi l'influence de ces simplifications et, qu'au lieu de garder ses traits rigides et étroits, il ait pris, dans une large mesure, ceux plus larges et plus souples du serment déferé *in giudicio*. Au reste, à la même époque, la *sponsio* avait déjà disparu et, ne trouvant plus en elle, comme autrefois, sa cause et son fondement, pour le maintenir dans les limites qu'elle lui avait tracées, il lui était facile de prendre de l'extension et de se donner libre carrière. Mais, en même temps, il se déformait, puisque, sous Justinien, bien que son nom de *jusjurandum necessarium* lui ait été conservé, il ne tranche plus le procès par lui-même, comme auparavant, à la façon d'un jugement. Comme le serment déferé *in giudicio* de la procédure formulaire, il peut intervenir en toute hypothèse,

et surtout il présente l'aspect d'un moyen de preuve dont le juge peut user à la prière des parties (seul trait qu'il ait conservé de la période antérieure et qui le distingue du serment déferé d'office), pour éclairer le débat, mais auquel il n'est pas tenu de se fier et dont il peut ne faire aucun cas : désormais, le sort du procès n'est plus remis à la libre volonté des parties, comme autrefois ; elles ne peuvent qu'inviter le juge à s'en rapporter à leur serment, et encore s'il l'estime utile et convenable ¹.

De cet aperçu sur la législation romaine il ressort donc nettement que le serment décisoire s'y présente comme une institution à la fois originale et très étroite dans son application, par suite de ses rapports avec la *sponsio* et de sa limitation à certaines formules d'actions. Avec la *sponsio*, il forme un tout homogène, qui ne devait se désagréger qu'au Bas-Empire, à une époque où un certain nombre d'institutions disparaissent et où la procédure se simplifie. Cela, du reste, n'a rien qui doive étonner, quand on songe que les institutions juridiques, comme les autres, quand elles sont enfermées dans des cadres trop étroits, finissent un jour ou l'autre, avec le progrès des mœurs et de la civilisation, par les briser, surtout quand la force qui les y maintenait vient à disparaître. C'est ce qui est arrivé, à Rome, pour le serment décisoire, et d'une institution rigide

1. Geouffre de Lapradelle, *op. cit.*, p. 104 et suiv.

et froide, il s'est transformé, en élargissant son domaine en un moyen de preuve. Ce caractère, il le conservera désormais à travers les siècles, et il va nous apparaître, dans son plein épanouissement, à la période franque.

CHAPITRE II

LE SERMENT DÉCISOIRE A L'ÉPOQUE FRANQUE

Au déclin de la législation romaine, le serment décisore, qui avait auparavant un domaine à lui propre, nous est apparu comme une institution à peu près morte, et sans caractères distinctifs importants, par suite de sa fusion presque complète avec le serment déferé d'office, dont il ne se distingue pour ainsi dire plus. Cette similitude, ce rapprochement, pourrait-on dire, devait encore aller en s'accroissant, si bien qu'à la période franque, cette dualité de serments n'existe plus et qu'on ne saurait dire, au premier abord, quel est celui dont il est fait usage.

En effet, quand on se met à parcourir les documents de l'époque et à lire les auteurs qui les commentent, on remarque sans peine qu'il n'est parlé que du « serment » sans qualificatif, de sorte que l'esprit est déçu et qu'on se demande à quelle espèce de serment les textes et les auteurs font ainsi allusion. Mais, après un examen plus sérieux, il est facile de se rendre compte que le serment dont il est question est un serment décisore, car s'il n'a plus la physionomie qu'il avait en

droit romain et s'il n'a pas encore celle qu'il a aujourd'hui, on peut dire qu'il est un moyen de preuve et qu'il sert à trancher le procès. Pendant ces siècles de barbarie, en effet, où le droit, comme les autres branches de la civilisation, subit le contre-coup du chaos universel, il ne faut pas se montrer trop exigeant, et vouloir trouver les institutions complètement façonnées, telles que nous les connaissons aujourd'hui ; il vaut mieux, au contraire, se contenter de voir, à la lumière des faits et de l'histoire, si elles se présentent à nous avec certains caractères, qui ne laissent pas de doute et qui permettent, malgré tout, de les classer et de leur donner, à coup sûr, une dénomination exacte.

C'est en nous guidant d'après ces principes que nous espérons tracer du serment décisoire à l'époque franque un tableau conforme à la réalité. Mais, auparavant, il importe de mettre en lumière un point qui n'est pas à négliger, car il est à la base de tout le système en vigueur à cette époque. Quand on parcourt les textes, jamais ils ne parlent de délation et de relation de serment, jamais ils n'emploient ces expressions de « serment déferé », de « serment référé ». Ce défaut d'allusion à des termes qui dénotent aujourd'hui des pratiques courantes dans le fonctionnement du serment déconcerte d'abord, et on se demande ce qu'on en doit penser, si, à cette époque, contrairement à ce que nous disions, le serment décisoire n'existait pas.

Mais, pour peu qu'on réfléchisse, on arrive à se con-

vaincre que ces expressions, si elles avaient été employées, n'auraient pas cadré du tout avec le mécanisme de la preuve tel qu'il jouait alors.

Ce serait, en effet, une erreur de croire que, dans le droit franc, on avait du fonctionnement des preuves une conception analogue à celle que nous en avons de nos jours. Aujourd'hui, dans nos idées modernes, qui ne sont, à tout prendre, que la reproduction des idées romaines, nous partons de ce principe que, dans un procès, c'est au demandeur, à celui qui émet une prétention, à celui qui agit et qui attaque, d'apporter la preuve de cette prétention, la preuve de ce qu'il réclame, la preuve de ce qu'il invoque contre le défendeur. Dès lors, on comprend aisément que s'il veut se décharger de ce fardeau qui pèse sur lui, comme cela arrive dans l'hypothèse où on a recours à la preuve par serment, il ait à en avertir son adversaire et qu'on parle de « délation » de serment, de même qu'on parlera de « relation », si le défendeur veut, malgré tout, forcer le demandeur à faire sa preuve¹.

A l'époque franque, en partant de principes tout différents, on devait en arriver à des conséquences contraires, elles aussi, à celles auxquelles nous aboutissons aujourd'hui. En effet, loin d'être une charge, un fardeau pour le demandeur, la preuve est un bénéfice, un avantage pour le défendeur, et ce sera lui qui devra

1. Nous reviendrons sur ces considérations plus en détail dans la deuxième partie.

prouver, ou plus exactement, qui devra anéantir la prétention émise par son adversaire. Ennemis des complications et des subtilités, les hommes d'alors trouvaient plus logique, et peut-être plus conforme à l'état perpétuel de guerres dans lequel ils vivaient, que ce fût à celui qui était attaqué à se défendre, et non pas à celui qui provoquait le différend, le débat, à prouver son bon droit ¹.

Dès lors, avec ces idées et ces conceptions, qui peuvent aujourd'hui paraître bizarres, mais qui, à l'époque où elles étaient mises en pratique, avaient leur valeur et leur raison d'être, il est facile de comprendre que la délation et la relation du serment aient été inconnues et que les textes n'y fassent point allusion. Car, si la preuve n'appartient pas au demandeur, il n'a pas non plus à s'en décharger, et à manifester cette volonté, quand on a recours au serment ; et, si surtout, le fait de prouver est un bénéfice, un avantage, il est raisonnable que le défendeur ne veuille pas s'y soustraire et ne cherche pas à se priver de cette faveur qui lui était accordée : le défendeur, jaloux de sa prérogative, en usera largement, plus largement encore, quand il s'agira du serment.

Cette façon originale d'envisager le mécanisme de la preuve et de concevoir la situation privilégiée du défendeur va nous aider à comprendre le rôle joué par le serment de ce même défendeur, à l'époque franque, et

1. Glasson, *Histoire du Droit et des Institutions de la France*, t. III, p. 460.

la place qu'il y a occupée dans l'organisation des moyens de preuve. Sans envisager la question, très controversée encore à l'heure actuelle, ce qui nous mènerait trop loin, de savoir si le serment du défendeur occupait dans toutes les lois barbares la même place, et si certaines d'entre elles lui donnaient un rôle secondaire, alors que d'autres, au contraire, la favorisaient dans la plus large mesure, ce qu'il importe d'examiner, c'est si le serment du défendeur était envisagé comme un moyen de preuve par le droit franc.

Au problème ainsi posé, la réponse ne paraît pas douteuse, surtout, si, pour l'éclairer, on tient compte des considérations que nous venons de mettre en avant. Si, en effet, prouver est le fait du défendeur, l'usage normal et à peu près continuel de la preuve par serment, qui est un moyen de prouver très facile et très commode, parce qu'il dépend entièrement et uniquement de celui qui le fournit, se justifie de lui-même, et il se justifie d'autant plus si, à cette première raison, en quelque sorte, tout extérieure, on ajoute celle, plus intime et plus profonde, tirée des conceptions religieuses en honneur à cette époque.

Quoi qu'il en soit, il faut reconnaître qu'ainsi envisagé, le serment était pour le défendeur une preuve d'une trop évidente commodité, et qui, pour cette raison, pouvait prêter à la fraude et à la mauvaise foi. Aussi avait-on cherché à l'entourer de garanties, des-

tinées à contrebalancer la facilité avec laquelle on pouvait le prêter.

La première, la plus solide peut-être aux yeux des hommes d'alors, était celle qui consistait à voir dans le serment un acte essentiellement religieux. Dans l'esprit de ces populations barbares, pour lesquelles la religion prime tout, prêter serment est un acte d'une gravité exceptionnelle, qui engage, pour ainsi dire, la vie tout entière, et si le défendeur, en jurant, sait qu'il a la facilité de se libérer de l'allégation que fait peser sur lui le demandeur, il n'ignore pas non plus quelle conséquence suivra son acte et à quels maux irrémédiables il peut être conduit, s'il fait un faux serment.

Acte éminemment religieux, le serment trouvait encore dans la solennité de ses formes une autre garantie, plus extérieure sans doute, mais non moins réelle. En effet, la déclaration solennelle du défendeur n'a aucune valeur, s'il la fait seul : il doit venir devant ses juges, accompagné d'un certain nombre de personnages appelés « cojureurs », au nombre de douze en général, pris parmi ses parents, ses amis, ses voisins, qui viennent corroborer et fortifier sa parole. Car, et c'est précisément là que se trouve la garantie, ils n'ont pas à témoigner de ce qu'ils ont vu ou entendu, ils n'ont pas à dire ce qu'ils peuvent savoir du fait en litige ; ils ont seulement à affirmer qu'ils connaissent l'individu qui est là au milieu d'eux, qu'ils ont avec lui des rapports, sinon journaliers, au moins fréquents, et qu'ils

le savent incapable de faire une fausse déclaration pour se justifier.

Ces deux garanties, qui l'une et l'autre jouaient leur rôle et avaient leur importance, servaient à diminuer les inconvénients qu'aurait pu présenter un serment trop facilement admis. Elles sont aussi d'un grand poids pour ceux qui prétendent, ce qui paraît être, du reste, la solution la plus généralement admise, que le serment était, à cette époque, le moyen de preuve normal et régulier.

Sur ce point, les textes sont significatifs et ne permettent pas l'incertitude. Ce qui est remarquable, en effet, c'est que ceux qui font allusion à la preuve fournie par le serment du défendeur, se rapportent non seulement à des actions fondées sur des crimes et des délits, ce qui n'a rien qui doive étonner, puisque la plupart des poursuites se résolvaient en actions de cette nature, mais aussi à des actions personnelles ou réelles, et même à des questions d'état : c'est, par exemple, un procès en revendication dans lequel le défendeur, pour conserver la chose revendiquée, devra prouver par serment qu'il ne l'a pas frauduleusement soustraite, mais que c'est à bon droit qu'il l'a en sa possession ; c'est, dans un procès relatif à une question d'état, le demandeur qui réclame en justice le défendeur comme son esclave : « Le défendeur, réclamé comme esclave par le demandeur, démontre son bon droit, c'est-à-dire ici sa liberté, en jurant avec douze cojureurs que, depuis

trente ans, il n'a pas été dans la servitude du demandeur. » De même, on a recours à la preuve par le serment du défendeur dans un procès où une personne réclame des vignes, en disant que son adversaire les lui a louées par un contrat de colonat partiaire, ou bien dans un procès en revendication, le défendeur affirme par serment qu'il est propriétaire et dit qu'il tient la chose de ses parents, et que, lui ou ses parents, l'ont possédée pendant plus de trente ans. Le serment du défendeur est à ce point considéré, dans le droit franc, comme un moyen de preuve et un moyen de preuve normal et régulier, qu'un texte fait remarquer que le demandeur, n'ayant pas au jour fixé comparu pour soutenir le procès et recevoir le serment du défendeur, est déclaré défaillant et, ce qui est important à noter, le juge n'aura recours à aucun autre mode de preuve pour faire ressortir la vérité et le bien fondé de l'allégation du demandeur¹.

Moyen de preuve, au premier chef, le serment employé, pendant la même période, avait, en outre, comme caractère de mettre fin au différend et de trancher le procès, d'être, en un mot, un serment décisoire.

Quand on lit les textes ou bien quand on parcourt

1. Cf. pour ces exemples et les détails qui s'y rapportent, ainsi que pour le rôle joué par le serment du défendeur dans le droit franc, Beaudoin, *Remarques sur la preuve par le serment du défendeur dans le droit franc*, dans les *Annales de l'Université de Grenoble*, année 1896, t. VIII, p. 407, et en particulier p. 423 et suiv. — Ces exemples sont tirés de la loi salique, des capitulaires qui ont été ajoutés à cette loi, et des formules en usage dans l'Empire franc.

les capitulaires, on a l'impression que le serment, une fois prêté, doit terminer le débat, irrévocablement et définitivement : si le défendeur a juré, il gagne son procès ; s'il n'a pas juré, ou bien s'il n'est pas venu ou s'il n'a pu réunir le nombre de cojureurs, il le perd, et tout est terminé ¹. Le juge, devant qui la preuve est faite, n'a pas à l'apprécier pour l'accepter, si le défendeur lui paraît digne de foi, et la rejeter, s'il lui fait mauvaise impression : il doit la prendre, telle qu'elle est, sans s'arrêter à son intime conviction ; une seule chose doit l'intéresser : le défendeur a-t-il oui ou non juré ? et c'est uniquement cette prestation ou cette non-prestation qu'il doit avoir en vue. Avec des conséquences si particulières et si indépendantes de la volonté du juge, le serment se présente donc bien sous l'apparence d'un serment décisoire ².

D'ailleurs, le simple raisonnement conduit à la même solution et démontre que le serment en usage à cette époque est un serment décisoire. En effet, pendant ces

1. Beaudouin, *op. cit.*

2. C'est ce qui nous paraît résulter, entre autres, du récit suivant. Un personnage réclame en justice un homme comme son esclave. Celui-ci nie qu'il ait jamais été l'esclave du demandeur. Le défendeur, réclaté par le demandeur comme esclave, démontre son bon droit, c'est-à-dire, ici, sa liberté, en jurant avec douze cojureurs que, depuis trente ans, il n'a pas été dans la servitude du demandeur. S'il jure cela, l'affaire est terminée et le demandeur doit désormais le laisser en paix ; s'il ne peut pas faire ce serment, il aura, au contraire, à indemniser son adversaire, lequel sera évidemment considéré comme son maître. (Zeumer, p. 8.) Beaudouin, *op. cit.* — Cf. également Glasson, *op. cit.*, p. 460 et suiv.

siècles de barbarie, où tout à est l'état grossier et rudimentaire, sans achèvement et sans finesse, l'organisation judiciaire, ou plutôt la façon de rendre la justice, souffre, elle aussi, de cette imperfection. Aussi bien, les juges appelés à trancher un différend ne sont pas, comme le sont aujourd'hui nos juges, « placés au-dessus des justiciables » ; ils sont mêlés à la vie de ceux qu'ils vont être dans l'obligation de juger ; ils ont avec eux un commerce presque journalier ; ils les ont vus hier et ils les reverront peut-être demain ou au moins d'ici peu de jours. Dès lors, s'ils rendent une sentence que l'un des deux adversaires estime préjudiciable à ses intérêts ou contraire au droit qu'il croit avoir pour lui, il pourra leur en demander compte, et les juges, dont la responsabilité sera peut-être de ce chef indéfiniment engagée, ne seront jamais sûrs d'être à l'abri du mécontentement et des représailles des plaideurs. Avec cet état d'esprit, on comprend que les juges aient préféré de beaucoup un système qui les mît, en quelque sorte, plus loin des justiciables et qui engageât moins leur vie et leur personne ¹. Le serment, précisément s'il est décisoire, c'est-à-dire, en définitive, si, par le fait unique de sa prestation ou de sa non-prestation, il tranche définitivement et irrévocablement le procès, va combler le désir de ces juges, plutôt rudimentaires, qui veulent bien juger, mais à condition que la sentence, aux yeux

1. Declareuil, *Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger*, année 1899, p. 99.

de tous, résulte, non pas de l'opinion qu'ils peuvent avoir ou du raisonnement qu'ils ont pu faire pour se décider, mais de causes et de circonstances indépendantes de leur volonté.

Il résulte de là, aussi bien que de l'étude des textes, qu'on est conduit à cette conclusion que, dans le droit franc, c'est-à-dire pendant une période qui s'étend du v^e au viii^e siècle, le serment décisoire existe. Sans doute, il n'apparaît pas au premier abord et de lui-même, et il faut le découvrir ; mais, au terme de cette démonstration, nous pouvons affirmer que c'est à lui que font allusion les textes et les capitulaires, car il présente deux caractères importants : celui d'être un moyen de preuve et celui de trancher le procès. Si maintenant on jette un regard en arrière, on voit combien est loin l'institution romaine, froide et rigide, circonscrite dans un domaine étroit ; à sa place, nous avons trouvé un serment, d'un usage fréquent et normal, employé dans toutes sortes de procès, et cela s'explique, puisqu'à un moment donné, au Bas-Empire, étant devenu un moyen de preuve, le serment décisoire répondait non seulement aux mœurs de ces populations profondément religieuses, mais aussi à la conception qu'elles avaient du mécanisme de la preuve et du rôle du juge dans le procès.

CHAPITRE III

LE SERMENT DÉCISOIRE A PARTIR DU X^e SIÈCLE

Si on cherche à réunir les divers éléments que nous avons rencontrés à l'époque précédente et à se faire une idée de l'influence qu'ils ont pu exercer sur l'évolution du serment décisoire, il est facile de reconnaître que, dans leur ensemble, ils tendaient tous à le favoriser dans la plus large mesure possible. En effet, le mécanisme de la preuve tel qu'il fonctionnait alors et la situation privilégiée faite au défendeur, l'intensité de la foi et des croyances religieuses, le rôle effacé que les juges cherchaient à se donner dans l'administration de la justice, étaient, il faut l'avouer, des mobiles puissants pour pousser en avant le serment décisoire et lui assigner une sphère d'application très étendue. Mais, à partir du x^e siècle, à peu près, on assiste à un changement subit : en même temps qu'on découvre les traits caractéristiques qui seront définitivement attachés au serment décisoire, l'usage s'en restreint et on n'assiste plus, comme auparavant, à une profusion excessive de serments. Dire, pour expliquer ce contraste, qu'il est dû au progrès des mœurs

et de la civilisation, serait une raison insuffisante ; pour comprendre exactement comment le serment décisoire s'est définitivement constitué, il faut examiner quelles influences ont contribué à lui donner cette impulsion nouvelle.

Ces influences sont assez nombreuses, mais, avant d'en signaler les effets, il paraît utile d'insister sur les inconvénients que pouvait présenter le serment décisoire. En effet, quel que fût le crédit qu'on accordait alors à la parole d'autrui, quelle que fût aussi l'universalité de la foi religieuse, on peut s'imaginer qu'avec la facilité qui lui était donnée pour jurer, le défendeur était amené par une pente, pour ainsi dire, naturelle, à faire du serment un usage abusif : sous les apparences de la bonne foi, il lui était facile de se parjurer, en donnant l'impression qu'il disait la vérité ; il lui était facile surtout de réunir douze cojureurs, dont il achetait le témoignage et qui, sans peut-être l'avoir jamais vu, n'hésitaient pas à corroborer ses dires et à proclamer, devant tous, la sincérité de ses déclarations.

Le fonctionnement de la justice n'était pas pour éviter ces abus, puisque les juges, préférant que l'issue du procès dépendît de quelque cause extérieure, n'étaient pas disposés à exercer un contrôle sur l'administration de ce moyen de preuve, si précieux quand on en fait un usage régulier et convenable, mais si dangereux aussi dès qu'on en abuse ¹. Cette raison

1. On s'explique d'autant mieux ce défaut de contrôle de la part

revêt même une force et une valeur particulières, si on prend en considération l'opinion de certains auteurs, pour qui le serment fonctionnait surtout devant les petites juridictions, les juridictions inférieures, parce que c'était surtout devant elles que les juges étaient moins cultivés et désiraient se mettre davantage à l'abri des responsabilités encourues par leur sentence¹.

Ces abus, qui devenaient chaque jour plus visibles, sont peut-être un des motifs pour lesquels on remarque, dès la période carolingienne, des modifications sur des points importants du système des preuves, bien qu'il conserve, en général, les caractères qu'il offrait auparavant : c'est ainsi qu'en matière de dettes nées de contrats ou de causes autres que les délits, le défendeur avait encore la faculté de faire sa preuve par son serment ; mais le demandeur pouvait s'opposer à ce serment et réclamer pour lui-même le profit de la preuve. De même le défendeur, actionné en restitution d'un immeuble, devait prouver son acquisition par témoins ou par écrit, et à ces preuves le demandeur pouvait répondre par des moyens semblables : c'était seulement au cas où ces preuves administrées de part et d'autre se détruisaient qu'on en venait au serment. De même, dans l'hypothèse d'une revendication de

des juges sur la preuve qu'à cette époque la preuve n'est pas due par la partie au tribunal : elle se fait et s'échange entre les plaideurs. La partie est tenue de prouver à son adversaire et non pas à la justice. (Glasson, *op. cit.*, p. 460.)

1. Declareuil, *op. cit.*, p. 99 et 100.

meubles, c'était le défendeur qui devait faire sa preuve par son serment, mais le demandeur, de son côté, pouvait la détruire par un autre moyen. Dans les procès relatifs à la liberté, enfin, c'était seulement au cas où le défendeur se prétendait libre de naissance qu'il pouvait le prouver par son serment ; si, au contraire, il soutenait que sa liberté était due à un affranchissement, il devait présenter la charte d'affranchissement ¹.

Ainsi donc, sous les Carolingiens, c'est-à-dire au VIII^e et au IX^e siècle, sans cesser d'être la preuve de droit commun, le serment subit de notables restrictions, et on commence à sentir les premières manifestations d'un changement qui peu à peu ira en grandissant. Mais il n'est encore que la conséquence de causes plutôt extérieures et qui ne résultent pas, à proprement parler, d'un système nouveau : pour saisir exactement l'orientation nouvelle imprimée au serment décisore, il faut aller plus loin et chercher dans les changements mêmes qui apparaissent dans la pratique juridique la raison de ceux qui atteignent le serment décisore.

A ce point de vue, une conception toute nouvelle apportée dans le mécanisme de la preuve va exercer son influence sur le serment décisore. En effet, à l'inverse de ce qui était admis à l'époque précédente, la preuve n'est plus considérée comme un bénéfice,

1. Glasson, *op. cit.*

comme une faveur accordée au défendeur ; elle est, à présent, une charge imposée au demandeur, qui doit démontrer la vérité et le bien fondé de ses prétentions ; de son côté, le défendeur, s'il a une allégation à opposer à celle du demandeur, devra en apporter la preuve : en somme, c'est à celui qui émet une prétention à la prouver. Dès lors, avec ces conceptions nouvelles, il n'est pas étonnant que le serment perde du terrain et ne jouisse plus de la même faveur qu'auparavant, puisque ce n'est plus à celui qu'on poursuit à prouver que la situation juridique dans laquelle il se trouve est certaine, mais à celui qui intente l'action à démontrer qu'il agit à bon droit et que ses poursuites sont justes et fondées : si la preuve est pour le défendeur une faveur, on conçoit qu'il lui soit permis d'anéantir par son serment la prétention qu'on lui oppose ; mais on conçoit plus difficilement que, dès le principe, le demandeur fasse, en jurant, la preuve de son bon droit contre le défendeur, surtout si cette preuve est considérée comme une charge, comme un fardeau.

C'est en partant des mêmes principes qu'on découvre dans le mécanisme du serment décisoire des formalités nouvelles, relatives à sa délation et à sa relation, inconnues jusque-là. En effet, si prouver est le fait du demandeur, il doit par un acte de volonté expresse prévenir son adversaire qu'il n'est pas à même de remplir l'obligation qui lui incombe et qu'il la fait retomber sur lui ; de son côté, le défendeur doit, par un acte équi-

valent et contraire, exprimer son intention de replacer la preuve entre les mains du demandeur, s'il ne juge pas à propos de prêter lui-même serment. La délation et la relation du serment apparaissent, désormais, comme des formalités indispensables et comme des parties intégrantes de l'institution qui la complètent, alors qu'autrefois leur absence se justifiait par leur inutilité. C'est bien ce que paraît exprimer Bouteillier, au xiv^e siècle, dans cette phrase : « Quand le demandeur *met* sa demande au serment du deffendeur, lors le deffendeur en doit jurer. » Et, plus loin, faisant allusion à l'hypothèse où le défendeur ne veut pas jurer et défère, à son tour, le serment, il dit que le demandeur « en est tenu de jurer et ne le peut ne doit refuser. » Dans un autre passage, c'est bien la délation et la relation du serment qu'il envisage, quand il dit : « La quinte manière (de prouver) si est faict par serment ; c'est à scavoir qu'en ce cas advient souvent que le demandeur s'en *rapporte* au serment du deffendeur, et si le deffendeur n'en voulait jurer qu'il le veuille *remettre* au serment du dict demandeur¹. »

1. Voici le passage entier dans lequel Bouteillier fait allusion au serment décisoire : « La quinte manière (de prouver) si est faict par serment, si comme quand aucun se rapporte du tout au serment d'un autre, de ce dont question est entre eux, c'est à scavoir qu'en ce cas advient souvent que le demandeur s'en rapporte au serment du deffendeur ; et si le deffendeur n'en voulait jurer qu'il le veuille remettre au serment du dict demandeur, lors convient-il que le demandeur en jure, ou autrement il perd sa demande, selon la loi qui dit : *Actore non probante reus absolvitur*. Et, si le deffendeur ne

Sur ces transformations qu'a subies le serment décisore, le droit romain et le droit canonique ont exercé une influence capitale. Il ne faut pas oublier, en effet, que c'est l'époque de la renaissance du droit romain : les glossateurs, en annotant ou en commentant les textes romains, rencontrent des formules comme celles-là, qu'ils répandent : *Necessitas probandi incumbit illi qui agit. Reus in exceptione est actor.*

D'ailleurs, ces principes, qui n'étaient pas nouveaux, puisqu'ils remontaient au droit romain, mais qu'il fallait remettre en honneur, trouvaient dans l'Eglise un précieux agent de transmission : les études romaines étaient très en faveur, surtout chez les clercs, et comme ils étaient à cette époque ceux chez qui on allait chercher la lumière de la science, il leur était facile de les propager.

De plus, l'Eglise, qui avait favorisé le développement du serment dans la législation barbare ¹, parce qu'elle

le veut jurer, et aussi ne le veut remettre au serment du demandeur, si qu'il ne veuille faire ne l'un, ne l'autre, lors le juge doit admonester au deffendeur, puis qu'au demandeur ne se veut du tout rapporter sur son serment, tenu est de jurer et sur ce enquerir par le serment au deffendeur, et selon aucuns aussi faire jurer le demandeur qu'il faict à juste et loyale cause sa demande, et qu'onques n'en fut payé ne satisfait ne autre pour luy. Et sur ce contraindre le deffendeur, à jurer par défaut de non vouloir jurer en la cause, ne affirmer sa défense par serment, comme il est en droit de procès accoutumé à faire, que les clercs appellent *juramentum litis decisorium*. (Bouteillier, *Somme rurale*, l. I, tit. 105.)

1. L'Eglise ne condamnait pas la preuve par le serment et s'appropriait même le système des cojureurs. Il semble cependant qu'à

le considérait comme un moyen de terminer les différends et les contestations plus élevé et plus noble que les autres épreuves, avait été obligée de le restreindre à cause des abus qu'on en avait faits. C'est ce qui explique comment, avec la renaissance des études romaines et en s'inspirant du droit romain, le droit canonique a, dans une large mesure, transformé le serment décisoire. Sous son influence, il change complètement de caractère : on le considère comme une charge, et c'est pour chaque plaideur un droit de le déférer à son adversaire, qui, du reste, a la faculté de le référer, s'il ne veut pas le prêter. Cette alternative dans laquelle se trouve placé celui qui reçoit le serment fait comprendre pourquoi on dit alors que le serment vient par « choisie », pour marquer précisément la liberté qu'il a ou bien de le prêter ou bien de le référer à son adversaire. D'ailleurs, comme autrefois, le serment tranche le procès, et en faveur de celui qui le prête : est-ce le demandeur qui jure, le défendeur est

l'origine le serment était vu avec défaveur par l'Eglise : il ne faut pas prendre en vain le nom de Dieu à témoin. Mais l'Eglise ne tarda pas à reconnaître la supériorité du serment sur les autres épreuves. C'est un moyen plus noble et moins brutal. On y place encore plus directement sa confiance en Dieu que dans les autres épreuves. En outre, celles-ci devaient assez souvent tourner en faveur des laïques contre les clercs dans les procès qui pouvaient s'élever entre eux, car les laïques étaient, en général, plus adroits et plus forts que les clercs. Aussi l'Eglise s'attribua la preuve par serment à ce point qu'elle prit le nom de *purgatio canonica*, par opposition aux autres épreuves qui se pratiquaient dans les juridictions laïques. (Glasson, *Histoire du Droit et des Institutions de la France*, t. III, p. 678.)

tenu, par exemple, de le payer ; est-ce le défendeur, le juge doit l'absoudre de la demande. En outre, le serment doit porter sur un fait personnel à la partie, d'où il résulte qu'on doit le prêter en personne ; de même l'héritier ne peut pas être tenu de prêter serment sur le fait de son auteur ¹.

Une dernière influence, enfin, se manifeste et son action va s'exercer de façon à restreindre l'usage du serment décisive et à lui assigner un rôle secondaire. C'est l'époque, en effet, où les moyens de preuve que nous connaissons aujourd'hui apparaissent et se constituent. Ici encore, sous l'influence du droit canonique, la preuve par témoins, qui a peut-être son origine dans la déposition faite par les anciens cojureurs, prend la première place, et on arrive à cette conception bizarre que le juge doit se prononcer, non pas d'après son intime conviction, ni d'après la valeur des témoignages reçus, mais d'après leur nombre. C'est seulement à défaut de témoins et d'écrits, car on prend l'habitude de passer acte des opérations les plus importantes, qu'on peut faire usage du serment et le déférer à son adversaire.

Plus tard, après l'ordonnance de Moulins de 1566, le serment perd encore du terrain, puisque cette ordonnance, en prohibant la preuve par témoins toutes les fois qu'il a été possible de se procurer un écrit ou

1. Glasson, *Histoire du Droit et des Institutions de la France*, t. VI, p. 560 et suiv.

que l'intérêt en litige dépasse 100 livres, met par là même en plus grande faveur la preuve par écrit et assigne au serment une place plus effacée¹.

On peut dire qu'à partir de ce moment le serment décisoire est véritablement un moyen de preuve subsidiaire. Il n'est plus, comme à l'époque franque, employé en première ligne, et on n'en fait usage que s'il n'est pas possible de recourir aux autres moyens de preuve. D'ailleurs, ce rôle secondaire attribué au serment décisoire remontait assez haut, puisque, dès le début du moyen âge, quelques coutumiers permettaient bien au défendeur de prêter serment qu'il n'était pas débiteur, mais cette faculté ne lui était accordée que dans les petites causes, dans celles, par exemple, qui ne dépassaient pas cinq sous². C'est ce qu'on remarque dans ce passage de Beaumanoir : « En petites querelles, nous avons contraint le deffendeur a penre le quel qui lui plaît miex, ou qu'il croie celi qui lui demande par son serement, ou qu'il jure qu'il n'en est pas ainsi. » De même, au Parlement de Paris, le serment décisoire n'était admis que dans les affaires peu importantes³, et ce rôle secondaire déjà attribué au serment décisoire devait aboutir à un véritable

1. Glasson, *Précis élémentaire de l'histoire du Droit*, p. 298 et 522.

2. *Grand Coutumier de Normandie*, chap. vii et cxxiii, édition de Gruchy, p. 24 et 322; ancienne coutume de Reims, art. 73 et 74.

3. Aubert, *Histoire du Parlement de Paris, de l'origine à François Ier (1250-1515)*, t. II, p. 126.

caractère de subsidiarité avec l'organisation définitive des moyens de preuve.

Tel qu'il vient d'apparaître pendant cette dernière période, on peut dire que le serment décisoire est définitivement constitué et que son évolution historique, retracée dans ses grandes lignes, est terminée. Les formalités de délation et de relation qui l'accompagnent, le fait d'être un moyen de preuve subsidiaire et de trancher le procès, sont des caractères qui lui resteront et on les trouve rappelés chez les auteurs qui l'étudient. C'est, par exemple, au xvii^e siècle, Domat, qui les résume et les met en relief par ces termes explicites : « La partie qui reconnaît n'avoir point de preuves, ou n'en avoir pas qui soient suffisantes, peut déférer le serment à sa partie, c'est-à-dire s'en remettre à ce qu'elle déclarera après avoir juré, et ce serment que le juge ordonne et reçoit, s'il y en a lieu, est d'un usage fréquent et utile pour finir les procès. » Ces mêmes caractères, le serment décisoire les a conservés dans notre législation actuelle.

De cette évolution historique, un fait important se dégage ; un trait caractéristique la domine : si le serment décisoire a subi des changements et des transformations, s'il a eu, suivant les époques, un domaine plus ou moins étendu, il a toujours été un moyen de preuve. Depuis le jour où, ayant brisé tout rapport avec la *sponsio*, il put vivre d'une vie indépendante, ce trait se dessine nettement pour lui rester définitivement attaché.

DEUXIÈME PARTIE

LE SERMENT DÉCISOIRE EN DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE PREMIER

IDÉE GÉNÉRALE ET SOMMAIRE DE L'INSTITUTION. SA DÉFINITION.

Quand on aborde, en droit français, l'étude du serment décisoire, une première considération s'impose, un fait retient, avant tout, l'attention. Le serment décisoire apparaît comme une institution originale, en ce sens qu'il déroge, sur plusieurs points, à certains principes qui régissent le système des preuves et qui sont à la base de notre droit. Ce sont ces dérogations qu'il importe de signaler avant d'étudier plus en détail le serment décisoire, car elles permettent de se faire une idée générale de l'institution ; ce sont elles aussi qui lui donnent une place spéciale, une place à part, dans notre législation.

La première dérogation a trait à la situation des

parties à l'égard de la preuve à fournir en justice. S'il est vrai de dire que, dans notre droit, l'initiative de la preuve appartient entièrement aux parties et que le juge ne doit se décider que d'après celles qui ont été présentées et administrées devant lui, pourvu qu'on ne soit pas dans une hypothèse où la loi en prohibe l'emploi, il faut aussi reconnaître que les plus grandes précautions ont été prises pour en assurer la sincérité et sauvegarder l'intérêt et des parties en cause et des tiers.

Les applications de cette idée sont assez nombreuses, mais nous n'avons pas à en donner l'énumération. Cependant nous pouvons faire remarquer que c'est pour cette raison que, dans les actes sous seings privés, la signature et la date sont considérées comme des éléments essentiels, la signature surtout, car c'est elle qui donne à l'acte sa force probante, et qu'à l'égard des tiers, un acte rédigé dans cette forme n'a aucune valeur et ne leur est pas opposable, tant qu'il n'a pas acquis date certaine à l'aide d'un des procédés reconnus par la loi. C'est ainsi, encore, que, dans les actes synallagmatiques, il est nécessaire de dresser plusieurs exemplaires, suivant le nombre des parties, pour leur donner plus de sécurité et maintenir entre elles l'égalité au point de vue de la preuve. De même la loi a réglementé avec une minutieuse exactitude l'emploi de la preuve testimoniale pour éviter la subornation des témoins et assurer ici encore, dans la mesure du possible, la sécurité des plaideurs.

Etant données ces précautions, étant donnée surtout la défiance qu'elle manifeste à l'égard de la preuve testimoniale, on n'eût pas été surpris que la loi ne prît pas en considération une preuve qui s'analyse en une déclaration d'une partie affirmant un fait à son avantage. Si on comprend qu'elle range l'aveu parmi les modes de preuve, parce qu'ici le fait avoué est au désavantage de la partie qui avoue, encore qu'elle le prohibe, quand elle en prévoit les inconvénients et les dangers, spécialement dans certaines matières relatives à l'état des personnes, on eût compris aussi qu'elle ne fît aucun cas d'une affirmation sur un fait à l'avantage de la partie, parce que son dire peut paraître suspect. Et pourtant, c'est cette déclaration que la loi sanctionne et à laquelle elle s'arrête, quand il s'agit du serment décisore. En effet, quand Paul, prétendant avoir prêté 10.000 francs à Pierre, lui défère le serment décisore et que Pierre jure qu'il ne lui a pas prêté cette somme, il affirme un fait à son avantage, car par le fait même qu'il jure que ces 10.000 francs ne lui ont pas été prêtés, il n'aura pas à les rembourser à Paul, quand bien même ce dernier les lui aurait réellement prêtés. Il est vrai que cette déclaration doit être faite dans une forme solennelle, mais il est bien des cas dans lesquels la garantie qu'on serait en droit d'y trouver est illusoire et vaine.

A un second point de vue, le serment décisore apporte une dérogation importante à certains principes

généraux. Contrairement, en effet, à ce qui était admis dans notre ancien droit, où la valeur des preuves était établie d'avance, la loi, d'une façon générale, ne détermine pas l'effet probatoire d'une preuve administrée en justice ; elle se contente de dire dans quels cas telle ou telle preuve sera ou non admissible, quelles règles on devra suivre pour la fournir. En dehors de là, le juge a toute liberté, et il doit se prononcer d'après son intime conviction : quand un plaideur gagne son procès, c'est d'abord parce qu'il a pu apporter la preuve de son droit, mais c'est aussi et surtout parce que cette preuve, mise en discussion avec celle fournie par son adversaire, a convaincu le juge et qu'elle lui a paru faire ressortir la vérité à son profit.

Au cas de serment décisoire, la règle est écartée, et on peut dire que c'est avant tout, et uniquement, parce qu'il a prêté serment que le plaideur gagne son procès, ou parce qu'il n'a pas juré qu'il le perd. Le juge ne doit envisager qu'une seule chose : la prestation de serment a-t-elle eu lieu oui ou non ? c'est à cela que se réduit tout son office, et il doit rendre son jugement en faveur de celui qui a juré ou contre celui qui n'a pas juré, quand bien même sa conviction serait contraire. C'est en ce sens qu'on peut dire que le serment décisoire est un moyen de preuve matériel et fatal : la forme l'emporte sur le fond ; aucun raisonnement, aucune appréciation de la part du juge ne doit entrer en ligne de compte, et quand la loi, dans l'article 1350 du Code

civil, place le serment au nombre des présomptions, elle se trompe, car il ne suppose aucun raisonnement de la part du juge. Le procès est tranché et le débat terminé par cela seul qu'on a ou qu'on n'a pas juré ; tout le rôle du juge consiste à enregistrer, en quelque sorte, le fait accompli et à en tirer les conséquences légales.

La troisième dérogation apportée par le serment décisoire est relative au mécanisme de la preuve. C'est, en effet, un principe général, aujourd'hui incontesté, dans notre droit, et sanctionné par le Code civil dans l'article 1315, que c'est à celui qui affirme, qui émet une prétention à en apporter la preuve : *Onus probandi incumbit ei qui dicit* ; et comme c'est le demandeur qui remplit ordinairement ce rôle, on dit que la charge de la preuve lui incombe : *onus probandi incumbit actori* ; de même que si le défendeur veut opposer à son adversaire un moyen de défense, une exception, il doit, à son tour, apporter la preuve de son allégation : *reus in exceptione fit actor*. Ces différentes règles, dont on ne discute plus aujourd'hui la raison d'être et le bien fondé, parce qu'il est rationnel d'imposer à celui qui allègue un fait contraire à la situation acquise de l'adversaire, fût-il demandeur ou défendeur, d'en démontrer la vérité, reçoivent une exception remarquable dans le cas où la preuve est faite au moyen du serment décisoire. Ici, en effet, la preuve ne reste pas à la charge de celui qui normalement devrait la fournir ; elle retombe sur son adversaire, et, en dernière analyse,

c'est lui qui est amené à apporter la preuve du fait sur lequel on discute. Un simple exemple fera comprendre le jeu de cette situation. Paul prétend avoir prêté 10.000 francs à Pierre ; mais n'ayant de ce prêt aucune preuve, il défère à Pierre, qui le nie, le serment décisoire : il lui demande de jurer qu'il ne lui a pas prêté cette somme. — Ou bien, encore, Paul a prouvé qu'il a prêté 10.000 francs à Pierre, mais Pierre soutient qu'il les a remboursés ; à l'appui de sa prétention, il n'a aucune preuve ; il défère à Paul le serment décisoire et le prie de jurer qu'il ne lui a pas remboursé les 10.000 francs. Dans ces deux cas, la preuve, normalement et régulièrement, devrait être faite, dans la première hypothèse, par le demandeur, par Paul, car il prétend avoir prêté 10.000 francs à Pierre ; dans la deuxième hypothèse, par le défendeur, par Pierre, car il prétend avoir remboursé les 10.000 francs à Paul, et au lieu de remplir cette obligation, ils vont l'un et l'autre s'en décharger : la preuve ne reste pas à la charge de celui qui devrait la fournir, elle passe entre les mains de son adversaire, et on assiste à un déplacement de la preuve. Mais, pour arriver à ce résultat et atteindre ce but, le plaideur qui se décharge du fardeau qui pèse sur lui doit, par un acte extérieur et certain, avertir son adversaire qu'il s'en remet à sa parole pour trancher le procès : il défère le serment décisoire.

Il convient ici de faire une remarque et de parler d'une opinion qui est parfois mise en avant. On parle,

à propos du serment décisoire, de dispense de preuve¹. Cette manière de voir n'est pas rigoureusement exacte : elle l'est, si l'on entend par là que la partie qui devait faire sa preuve ne la fait pas ; mais elle ne l'est pas, si on examine l'opération tout entière, et il semble plus exact de parler de déplacement de preuve. En effet, la partie qui, du fait de la délation, se trouve dans la nécessité de jurer, apporte, en réalité, la preuve de ce qui fait l'objet du débat avec son adversaire. Celui-ci n'a pas pu prouver, et c'est précisément pour cela qu'elle est appelée à remplir cette obligation : par la délation, c'est à elle qu'incombe la charge de la preuve, charge véritable, puisqu'elle est tenue de jurer, si elle ne veut pas perdre son procès, et cela est si vrai que si elle ne jure pas, si, par son serment, elle n'apporte pas la preuve du fait contesté, elle perd son procès, comme le perd quiconque n'apporte pas en justice la preuve de son allégation. Sans doute elle remplit son obligation par un procédé très simple, en jurant, mais la simplicité du procédé ne fait pas disparaître la réalité de l'opération ; si elle jure, la preuve est faite : Paul n'a pas prêté 10.000 francs à Pierre ; ou bien Pierre ne les a pas remboursés à Paul ; si elle ne jure pas, la preuve n'est pas faite : Paul a prêté 10.000 francs à Pierre ; ou bien Pierre les a remboursés à Paul.

Il nous semble donc plus conforme à l'analyse juri-

1. En particulier Glasson, *Précis théorique et pratique de procédure civile*, 1902, t. I, p. 524.

dique de dire que dans l'hypothèse où on a recours au serment décisoir, on est en présence d'un déplacement de la preuve : pour s'en convaincre davantage, on peut faire appel à un cas qui se présente en pratique. Quand l'une des parties a déferé à l'autre le serment décisoir, l'adversaire qui a reçu cette délation peut, s'il le veut, quand certaines conditions se trouvent réunies, repousser cette proposition et mettre l'autre partie dans l'obligation où elle l'avait placé : il lui réfère le serment et la preuve est remise dans sa situation normale : c'est Pierre qui dit à Paul, le demandeur : « Jurez que vous m'avez prêté 10.000 francs. » — Ou bien, c'est Paul qui dit à Pierre, le défendeur : « Jurez que vous m'avez remboursé cette somme. » C'est un « remplacement » de la preuve. Si la délation du serment pouvait s'analyser en une dispense de preuve, la partie en serait dispensée définitivement et ne pourrait voir cette obligation lui incomber à nouveau. En réalité, les adversaires se renvoient la preuve, la déplacent et la replacent à leur gré, sans, toutefois, que la partie qui, d'après les principes généraux, aurait dû prouver, puisse se soustraire à l'obligation qui lui est imposée du fait de la relation.

Ces dérogations, dont la gravité est réelle, sont tempérées, dans une certaine mesure, par un dernier caractère distinctif attaché au serment décisoir. Il est, en effet, un moyen subsidiaire, un moyen auquel on n'a recours que si on n'a aucune preuve à l'appui de sa prétention ; c'est la suprême ressource laissée aux plai-

deurs, c'est le *remedium extremum expediendarum litium*. Ce caractère, que nous avons vu se dessiner peu à peu au cours des siècles, résulte de l'inconvénient que présente le serment décisoire de consister dans une déclaration faite par l'une des parties à son avantage ; car si un plaideur est sûr de son bon droit, ce n'est qu'à bout de ressources, contraint et forcé, qu'il se décidera à s'en rapporter, pour trancher le litige qui les divise, à la parole de son adversaire, dont il ne connaît ni la conscience ni les sentiments intimes, et qui n'hésitera peut-être pas, pour gagner son procès, à faire un faux serment. Ce caractère de subsidiarité tempère par là même les dérogations qu'apporte le serment décisoire aux principes généraux : ce n'est qu'exceptionnellement qu'un procès est tranché en faisant appel à la parole de l'adversaire ; ce n'est qu'exceptionnellement que le mécanisme normal de la preuve est modifié ; ce n'est qu'exceptionnellement, enfin, que le juge rend un jugement sans faire appel à son intime conviction.

Ainsi envisagé dans ses lignes les plus générales, dans les dérogations qu'il apporte au droit commun, le serment décisoire apparaît comme une institution exceptionnelle, originale, caractéristique. Le Code civil, qui lui consacre un certain nombre d'articles (art. 1357 à 1366), placés dans une section qui fait partie du chapitre relatif à « la preuve des obligations et à celle du paiement », ne l'envisage pas à ce point de vue. Au reste, il ne le pouvait pas : le rôle du législateur est

d'édicter des règles spéciales et particulières ; à l'interprète il appartient d'examiner comment les institutions sont en harmonie ou en opposition avec les principes généraux. Dans l'article 1357, il le définit : « Celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause. » A l'aide des divers éléments que nous avons découverts, et pour les résumer, on peut dire que : le serment décisoire est un acte (dont le caractère religieux dépend des sentiments intimes de celui qui jure) consistant dans une déclaration solennelle faite par l'un des plaideurs, sur l'invitation de son adversaire, qui se décharge ainsi du fardeau de la preuve, et qui a pour but de trancher, par lui-même, le procès en faveur de celui qui le prête.

CHAPITRE II

NATURE JURIDIQUE DU SERMENT DÉCISOIRE

Après avoir ainsi défini le serment décisoir et l'avoir caractérisé dans ses traits essentiels et originaux, il faut l'étudier dans sa nature juridique, c'est-à-dire rechercher à quelle opération se livrent deux adversaires qui tranchent leur différend par le serment, quand l'un le défère et que l'autre le prête. Cette recherche, qui est le point central de la matière, semble perdre une grande partie de son intérêt, si on se reporte aux ouvrages qui parlent du serment décisoir. On y remarque, en effet, chez presque tous les auteurs des opinions à peu près semblables, qui aboutissent au même résultat : les quelques différences qu'on y découvre ne sont que secondaires et laissent intacts les points sur lesquels elles se rapprochent les unes des autres. Le problème étant ainsi unanimement résolu, la question que nous avons posée paraît manquer de nouveauté. Nous n'hésitons pas, cependant, à l'aborder, car, notre but étant de rompre sur ce point avec la tradition, ce n'est qu'en exposant encore une fois la théorie, généralement acceptée, que nous pourrons en

découvrir l'inexactitude et en montrer le peu de fondement en droit : nous nous acheminerons ainsi vers la solution qui nous semble le mieux répondre et à la logique et à la réalité juridiques.

C'est, en effet, un axiome que tout le monde accepte et que personne ne cherche à rejeter, tant il paraît s'imposer, de proclamer l'union intime du serment décisoire et de la transaction. Si étrange que puisse paraître d'abord cette parenté, car on ne voit pas immédiatement sur quoi elle peut se fonder, il n'en reste pas moins vrai qu'elle est reconnue et qu'on s'appuie, pour en montrer la légitimité, sur le texte, bien connu, de Paul, au Digeste, livre XII, titre 2, loi 2 : *Jusjurandum speciem transactionis continet*. Et on proclame que le serment décisoire est une transaction et que deux adversaires, qui tranchent leur différend de cette façon, ne font en réalité que transiger sur les points qui les divisent.

Il suffit, du reste, d'ouvrir quelques-uns des ouvrages qui traitent la question pour se faire une opinion sur ce point. « La délation du serment décisoire constitue une proposition de renonciation conditionnelle à la demande ou à l'exception, c'est-à-dire une sorte de transaction », disent MM. Aubry et Rau ¹, et M. Bonnier est plus formel encore quand il dit que « le serment décisoire offert et accepté constitue une

1. Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, t. VIII, § 753, p. 484.

véritable transaction ¹. » L'opinion, généralement admise, est merveilleusement résumée dans ces quelques lignes de M. Charrier, qui, en les écrivant, s'est fait l'écho de la tradition : « Au cas de serment conventionnel, écrit-il, il y a convention et c'est une convention qui revêt l'aspect d'une transaction conditionnelle, car, d'une part, conformément à l'article 2044, il y a un contrat par lequel les parties terminent une contestation ou préviennent une contestation à naître, et, d'autre part, les parties font un sacrifice réciproque. L'une, pour s'assurer la chance de se voir reconnu comme droit ce qui n'est encore qu'une prétention, consent à courir le risque de voir, si une autre éventualité se réalise, crouler définitivement sa prétention. » Et il ajoute quelques pages plus loin : « L'analyse du serment décisoire est conforme à celle que nous avons donnée du serment conventionnel : il constitue une transaction ². » Seul, M. Huc paraît repousser l'idée de transaction, quand il s'exprime ainsi : « La transaction, dit-il, implique une réciprocité de sacrifices qui n'existe pas dans le serment ³. » D'autres acceptent plus volontiers l'idée de renonciation conditionnelle : « La délation du serment décisoire, dit M. Baudry-Lacantinerie, constitue une offre de renon-

1. Bonnier, *Traité des Preuves*, 5^e édition, revue par M. Larnaude, p. 364.

2. Charrier, *Le Serment*, thèse, Paris, 1899, p. 119 et 128.

3. Huc, *Code civil français*, t. VIII, p. 462 et suiv.

ciation conditionnelle à la demande ou à la défense ¹. »

Quoi qu'il en soit de ces divergences d'opinions, elles n'ont pas l'importance qu'elles semblent avoir, au premier abord, car elles sont plutôt extérieures et le fond de la pensée de tous les auteurs reste le même. Ce qu'il faut noter, en effet, c'est que, tous, ils voient dans le serment décisoire une convention, un contrat, que passent entre eux le déférant et son adversaire. M. Huc lui-même, que nous avons vu repousser l'idée de transaction, accepte celle de contrat : « Ce qu'il y a de certain, dit-il, c'est que la délation de serment engendre une convention particulière. La convention dont il s'agit se traduit, en définitive, par un acte de disposition du droit sur lequel le serment est déféré. » Et M. Baudry-Lacantinerie est encore plus précis, quand il dit : « Voilà une convention parfaite, sur la légalité de laquelle on ne saurait élever le moindre doute, puisque c'est la loi elle-même qui la réglemente. » Dans cette convention, on rencontre tous les éléments indispensables à la validité d'une convention en général : une offre, qui revêt ici l'aspect particulier de la délation de serment ; une acceptation, qui se manifeste par la prestation de serment de la part de celui à qui il est déféré ; un objet précis, enfin, qui est de résoudre par ce moyen les questions ou les points en litige. « Le serment décisoire, dit Laurent, est une

1. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité de Droit civil, Obligations*, III, 2^e partie, n° 2731.

transaction qu'offre la partie qui défère le serment et que doit accepter la partie à laquelle il est déféré ¹. » Il y a donc concours de volontés, et, par conséquent, convention ².

Telles sont les différentes opinions qu'émettent les auteurs relativement à la nature juridique du serment décisoire. Si elles diffèrent quelque peu entre elles, et si les uns paraissent repousser l'idée de transaction que les autres acceptent, ce qui est certain, c'est qu'ils s'accordent à voir dans le serment décisoire une convention parfaite, dont la validité est indéniable. Avant de montrer le point faible de cette manière de voir, il

1. Laurent, *Droit civil*, t. XX, n° 230.

2. Sur le caractère conventionnel du serment décisoire, on peut se reporter également à une note de M. César-Bru, sous un arrêt de Chambéry du 3 février 1902 (D. 1906.2.177). On y lit, en particulier, ceci : « Comme toute convention, la transaction résultant de la délation d'un serment est parfaite par le concours des consentements des parties : le consentement de l'une se manifeste par la délation même du serment ; le consentement de l'autre par l'acceptation de le prêter. » Cf. aussi M. Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, 4^e édition, t. II, p. 11, n. 1 : « La délation du serment par l'une des parties, dit-il, à l'autre est une véritable convention, et à ce titre elle doit trouver place parmi les contrats spéciaux. » C'était déjà, d'ailleurs, l'opinion de Pothier : « Lorsqu'une des parties, dit Pothier, défère à l'autre le serment sur ce qui fait l'objet de la contestation qu'elles ont ensemble, pour en faire dépendre la décision, et que celle des parties à qui le serment est déféré accepte la condition, et en conséquence rend son affirmation, ou déclare être prête à la rendre, il en résulte une convention par laquelle ces parties conviennent de s'en tenir à ce que la partie aura affirmé ; de laquelle convention naît une obligation qui contraint la partie qui a déféré le serment de s'en tenir à ce qui aura été affirmé, ce qui l'exclut de pouvoir demander à faire aucune preuve du contraire » (*Obligations*, n° 916).

n'est pas sans intérêt de se rendre compte comment elle a pu se faire jour et être acceptée avec tant d'unanimité.

Ce qu'il faut reconnaître, d'abord, c'est que sa source se trouve dans le fameux texte de Paul : *Jusjurandum speciem transactionis continet*. Presque tous les auteurs le citent, ce qui prouve bien que c'est sur lui qu'ils entendent appuyer leur opinion. D'autres textes leur ont également servi, deux en particulier. Le premier est au même titre que le précédent, loi 31 : *Quod si alias inter ipsos jurejurando transactum fit negotium, non conceditur eamdem causam retractare*. Le second est la loi 21, livre IV, titre 3 : *De Dolo malo : Quod si deferenti me juraveris et absolutus sis, postea perjurium fuerit adprobatum, Labeo ait de dolo actionem in eum dandam. Pomponius autem per jusjurandum transactum videri*.

Les auteurs ont trouvé dans les textes romains ces expressions et ont cru les traduire fidèlement, en disant que le serment décisoire est une transaction et en voulant identifier les deux institutions. Argumenter ainsi en partant des textes romains, c'est se tromper, car, exactement interprétés et traduits, ils n'ont rien qui puisse faire assimiler le serment décisoire à une convention ou à une transaction.

Nous pourrions, d'abord, répéter ce à quoi nous avons déjà fait allusion et dire que, grâce aux travaux de Demelius, il est aujourd'hui reconnu que le texte de

Paul se rapporte au serment volontaire *qui ex conventione proficiscitur*, et non pas au serment nécessaire ¹. Mais, en s'attachant uniquement aux textes, il est facile de voir que les expressions *transactio transactum* ne sont pas employées dans le sens technique et particulier de « transaction », mais dans le sens plus vague et plus général de « trancher, terminer, résoudre ». D'ailleurs Paul parle de *speciem transactionis*, ce qui dénote qu'il fait allusion à une institution qui n'a qu'une ressemblance quelconque avec la transaction, et il explique et complète sa pensée dans la suite du texte, quand il dit : *Majoremque habet auctoritatem quam res judicata* : la transaction met fin à une discussion, le serment sur ce point ressemble à la transaction et en cela il a plus d'autorité, plus de valeur que la chose jugée, qui, elle aussi, remplit cet office. C'est dans le même sens que la loi 31 emploie cette expression : *transactum fit jurejurando negotium* : l'affaire est terminée, le procès est tranché par le serment; et la loi 21, quand elle dit *per jusjurandum transactum videri*, est plus explicite encore : c'est au moyen du serment que le différend est vidé.

C'est ainsi, semble-t-il, que ces textes doivent être traduits, c'est dans ce sens général qu'il faut les interpréter. Quelques-uns des auteurs, cependant, qui parlent de « transaction » à propos du serment décisoire,

1. Cf. Geouffre de Lapradelle, *op. cit.*, et la *Revue trimestrielle de Droit civil*, t. III, p. 797 et suiv.

comprennent par là qu'il met fin au litige, qu'il tranche le procès : c'est ce qu'exprime Laurent dans cette phrase : « Nous disons que la délation du serment est une transaction ; en effet, le Code dit que le jugement de la cause en dépend », et plus loin, il ajoute : « Le serment est une transaction qui met fin au procès. » De même M. Huc ne fait sienne l'idée de transaction que sous cette réserve : « Le seul point de contact qui existe entre le serment et la transaction, dit-il, c'est qu'ils mettent fin l'un et l'autre à une contestation. » M. Baudry-Lacantinerie, enfin, s'exprime ainsi : « Le serment décisoire a pour but et pour effet de trancher le différend et il se rapproche ainsi de la transaction. »

Au lieu de laisser au mot « transaction », quand on l'applique au serment décisoire, le sens très général que lui donnent les textes romains, les auteurs ont poussé cette expression en dehors des limites qui lui conviennent et dans lesquelles ils auraient dû la maintenir. Ils se sont, pour ainsi dire, abusés eux-mêmes, et ils ont dépassé leur propre pensée, puisque les mêmes auteurs, qui se servent du mot « transaction » dans le sens de « trancher le différend », parlent en même temps de convention et de concours de volontés : ils ont commencé par parler de « transaction » dans ce sens général, puis, entraînés par ce fait que le mécanisme du serment décisoire nécessite une délation, ils en sont arrivés à voir dans cet acte une offre, et dans la prestation de

serment une acceptation ; c'est alors qu'ils ont parlé de concours de volontés, de convention, sans prendre garde qu'ils allaient trop loin, et qu'à donner au mot « transaction » les deux sens qu'il comporte réellement, mais qu'on ne peut réunir ici, de mettre fin à une contestation et d'impliquer un concours de volontés, ils se mettaient en opposition avec les principes les plus certains de notre droit.

Si on veut, à tout prix, rapprocher le serment décisoire de la transaction, ce ne peut être que pour marquer l'analogie qu'ils ont l'un et l'autre de mettre fin à une contestation. Mais, en dehors de là, toute tentative d'assimilation doit être repoussée, toute identification considérée comme inexacte.

En effet, l'article 2044 du Code civil, qui définit la transaction, débute par ces mots : « La transaction est un contrat. » Le serment décisoire n'en est pas un, car si on peut, à la rigueur, soutenir qu'il y a une offre, il n'y a pas d'acceptation, et, par conséquent, le concours des volontés, indispensable à la validité de toute convention, fait défaut. Quand une personne fait à une autre personne une offre pour contracter, pour qu'elle lui vende, par exemple, un de ses biens, si l'offre n'est pas acceptée par la personne à qui elle a été proposée, cela ne lui nuira en rien, et celui qui veut acheter cherchera autre part une volonté correspondante à la sienne. Ici, au contraire, dans cette soi-disant convention, si l'adversaire n'accepte pas l'offre qui lui

est faite, c'est-à-dire s'il ne prête pas serment, ce refus va produire à son endroit des effets défavorables : il va perdre son procès ; or il n'y a pas, dans notre droit, de contrat dans lequel la proposition qui lui est faite nuise à celui qui l'a repoussée.

Pour rencontrer un concours de volontés, il faudrait construire une hypothèse qu'il est facile d'imaginer : on peut supposer, par exemple, deux personnes qui sont en contestation sur une certaine somme que l'une prétend lui être due par l'autre. Avant d'aller en justice, les adversaires se rapprochent : l'un promet de ne rien réclamer à l'autre, si celui-ci jure que, réellement, il ne doit rien ; et l'autre s'engage à payer la somme demandée s'il ne prête pas le serment proposé. Dans cette hypothèse, on est en présence d'une véritable convention, car l'accord des volontés est manifeste : celui à qui le serment a été proposé s'est engagé à le prêter ou à payer dans le cas contraire. Dans le serment décisoir, on ne peut pas arriver à la même conclusion. Au reste, quand bien même on pourrait parler d'acceptation de la part de celui à qui le serment est déféré, on ne peut pas dire que sa volonté est libre, puisqu'il est forcé, sous peine de perdre son procès, ou bien de jurer, ou bien de référer le serment : une telle pression exercée sur la volonté d'autrui ne constitue pas un contrat valable, et on ne peut rencontrer un concours de volontés dans une hypothèse où l'un des plaideurs peut faire la loi à son adversaire et

le rendre l'instrument passif de sa volonté capricieuse ¹.

Etranger à la transaction, parce qu'il n'est pas un contrat, le serment décisoire doit encore en être séparé parce qu'il n'implique aucune réciprocité de sacrifices. Et, pourtant, à lire l'article 2044 du Code civil, qui spécifie nettement que la transaction est un contrat, aucune expression ne signale cette réciprocité de sacrifices. Mais ce n'est qu'un oubli de la part du législateur, quand il passe sous silence cet élément indispensable à la transaction ², car si on prenait le code à la lettre, on serait amené à qualifier de transactions d'autres conventions qui terminent ou préviennent un procès, comme l'acquiescement et le désistement ³. Quoi qu'il en soit, on est unanime à reconnaître qu'il faut, pour qu'une convention soit une transaction, des concessions réciproques. Or, ici, ces concessions réciproques n'apparaissent à aucun degré, car si, en déférant le serment décisoire, je fais crédit à mon adversaire et j'ai foi en sa parole, je n'ai nullement la prétention de sacrifier quoi que ce soit de la prétention que j'ai formulée ⁴.

De plus, pour les deux adversaires, c'est tout ou rien : ils perdent ou gagnent leur procès, complètement, entièrement. Si le serment est prêté par celui à qui il est déféré, c'est lui qui triomphe pour le tout, et son

1. Giraud, *Revue critique de jurisprudence*, 1864, p. 231.

2. Planiol, *op. cit.*, p. 715.

3. Accarias, *De la Transaction*, p. 172.

4. Accarias, *op. cit.*, p. 175, en note.

adversaire perd intégralement son procès ; s'il n'est pas prêté, c'est lui qui succombe pour le tout, et à l'auteur de la délation il est reconnu la totalité de sa prétention, conformément à l'article 1361 : « Celui auquel le serment est déféré, qui le refuse ou ne consent pas à le référer à son adversaire, ou l'adversaire à qui il a été référé et qui le refuse, doit succomber dans sa demande ou dans son exception. »

Enfin, la transaction apparaît comme une convention qui est dictée par l'intérêt des parties, quand elles veulent modifier un état de fait ou de droit et lui substituer une situation qui répond mieux à leurs convenances réciproques : un individu est en discussion avec un de ses voisins au sujet d'un champ dont l'un et l'autre ils se prétendent propriétaires ; pour éviter un procès et ne pas se fâcher avec ce voisin, dont les services lui sont peut-être utiles, il transige et partage avec lui le champ. En transigeant, il n'a rien prouvé et il a fait un sacrifice correspondant à celui de son adversaire. Le serment décisive, au contraire, est un moyen de preuve, et on n'a recours à lui que pour démontrer la vérité d'un fait. En somme, « celui qui défère le serment se propose de sauver tout son droit, sans se dissimuler qu'il peut le perdre tout entier ; celui qui transige se propose de sauver une partie de son droit, et il sait qu'il ne le perdra pas tout entier ¹. »

1. Carlo Lessona, *Le Serment est-il une transaction ? Revue trimestrielle de Droit civil*, t. III, p. 797 et suiv.

C'est précisément pour remédier à ce défaut d'analogie entre le serment décisoire et la transaction, relativement à la réciprocité des concessions, que certains auteurs ont cherché des explications plus satisfaisantes. « Ce n'est pas une transaction, dit M. Planiol, puisqu'il n'y a pas de sacrifices réciproques consentis par les parties ; celui qui prête serment obtient gain de cause complètement ; celui qui refuse de le prêter succombe complètement. L'opération se rapproche donc bien plus du désistement ou de l'acquiescement que de la transaction ¹. »

Il faut, d'abord, remarquer que cette explication n'empêche pas M. Planiol de voir dans le serment décisoire une convention ; il ne fait appel à l'acquiescement ou au désistement que parce que le serment n'implique pas une réciprocité de sacrifices. D'ailleurs, cette manière de voir n'est pas exacte non plus, car celui qui défère le serment ne se désiste en rien de sa prétention, pas plus qu'il n'acquiesce à celle de son adversaire : il la soutient, au contraire, et demande à celui-ci de prouver que la sienne est juste : « Jurez que je ne vous ai pas prêté 10.000 francs, » c'est-à-dire : Prouvez que le prêt, que je prétends vous avoir consenti et que vous niez, n'a jamais été fait.

On parle quelquefois aussi de contrat judiciaire, et on dit que le serment décisoire est un contrat judiciaire. C'est bien à cette opinion que semble faire allu-

1. Planiol, *op. cit.*, p. 721.

sion M. Baudry-Lacantinerie quand il dit : « Cette autorité propre à toutes les conventions, elle (la convention de serment) la conserve même après que le jugement a été rendu ; ce jugement ne l'absorbe pas ; il se borne à la constater en adjugeant les conclusions de la partie qui l'a prêté. En d'autres termes, la prestation du serment produit les effets d'une convention sous la forme d'un jugement¹. »

A supposer même que le serment décisoire fût un contrat, il serait plus exact peut-être de le qualifier de jugement d'expédient, car le juge ne se borne pas à constater le soi-disant accord des parties : il rend un jugement pour tirer de cet accord les conséquences légales.

D'ailleurs, qu'on le qualifie de contrat judiciaire ou de jugement d'expédient, ni l'une ni l'autre de ces expressions ne convient au serment décisoire. En effet, le contrat judiciaire est, avant tout, un contrat, c'est-à-dire un accord des parties, qui intervient devant le juge, lequel en donne acte : comme à toute convention, en général, certains éléments lui sont indispensables, en particulier une offre, suivie d'acceptation². Au cas de serment décisoire, ce concours de volontés n'existe pas ; il n'y a pas plus de contrat judiciaire qu'il n'y a de contrat sans qualificatif.

1. Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, n° 2756.

2. Note de M. Tissier sous un arrêt de Cassation du 2 juin 1908 (S. 1909.1.305).

Tout en voyant dans le serment décisoire une convention, M. Baudry-Lacantinerie explique son mécanisme en disant qu'il est une offre de renonciation conditionnelle. « Le serment est une offre de renonciation conditionnelle à la demande ou à l'exception. En effet, la partie qui défère le serment n'entend renoncer à sa demande ou à son exception que sous la condition rigoureusement accomplie que son adversaire le prêtera ¹. » Mais il faut ajouter que la partie qui défère le serment fait plus que de renoncer à sa demande ou à son exception : elle met son adversaire, par cette délation, dans la nécessité de jurer ou de référer le serment, sous peine de perdre son procès. En outre, si « le demandeur dit implicitement, mais nécessairement : Je renonce à vous poursuivre, si vous jurez que vous ne m'avez pas emprunté telle somme ou que vous me l'avez payée ; et le défendeur : Je renonce à me défendre, si vous jurez que vous m'avez prêté la somme que vous me réclamez », c'est parce qu'il ne peut faire autrement, parce que le serment ayant apporté la preuve de ce qui faisait l'objet de la contestation, sa prétention est anéantie et il ne peut plus raisonnablement la soutenir.

En réalité, en effet, le serment décisoire est un moyen de preuve et n'est *qu'un moyen de preuve* ; c'est à cette conclusion qu'on doit arriver et c'est la réponse

1. Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, n° 2731.

qu'on doit donner à la question que nous avons posée sur la nature juridique du serment décisore.

Dire que le serment décisore est un moyen de preuve, c'est une affirmation qu'il est facile de vérifier. Cette physionomie, il l'a présentée au cours de son évolution historique, à des degrés divers, sans doute, et avec une importance plus ou moins étendue, mais d'une façon certaine. Et, quand on parcourt les travaux préparatoires, il apparaît encore comme tel. Dans son « Exposé des motifs de la loi sur les contrats ou les obligations conventionnelles en général », Bigot-Préameneu, dans la séance du 17 pluviôse an XII (7 février 1804), étudie le serment dans un paragraphe consacré aux Preuves et il en traite, après avoir parlé du titre authentique, de l'acte sous seing privé, de la preuve testimoniale, des présomptions, de l'aveu. Et il s'exprime de cette manière : « Le serment est au nombre des moyens par lesquels la loi espère que la vérité sera découverte », ce qui implique bien qu'il le regardait comme un moyen de preuve.

De même, dans le discours prononcé au Corps Législatif par le tribun Mouricault, on trouve ces paroles : « La dernière des preuves qu'on peut obtenir de l'obligation ou de la libération est le serment judiciaire ¹. » Dans le Code civil, enfin, les articles consacrés au serment décisore font manifestement partie de la théorie générale des

1. Dalloz, *Répertoire de Législation*, v^o *Obligations*, p. 32 et 50.

preuves, puisque la section qu'ils composent est la cinquième du chapitre VI. intitulé : « De la preuve des obligations et de celle du paiement. » Ils viennent après ceux relatifs au titre authentique, à l'acte sous seing privé, à la preuve testimoniale, à l'aveu, qui sont tous des moyens de preuve, et le législateur semble l'avoir placé en dernier lieu pour marquer son caractère subsidiaire. De plus, aucun mot dans le Code civil, aucune expression n'apparaît qui rapproche le serment décisore d'une convention ou de la transaction, même pour marquer que, comme elle, il met fin à une contestation. L'article 1365 énonce même qu'il est un moyen de preuve, quand il dit : « Le serment fait ne forme preuve qu'au profit... » et l'article 1361 le laisse supposer, quand il déclare : « Celui auquel le serment est déféré, qui le refuse ou ne consent pas à le référer à son adversaire, ou l'adversaire à qui il a été référé et qui le refuse, doit succomber dans sa demande ou dans son exception. » Normalement, on succombe dans sa prétention quand on n'a pas pu en apporter la preuve.

Le serment décisore apparaît donc bien, dans notre droit, comme un moyen de preuve : il est destiné, et c'est là sa fin en même temps que son résultat, à prouver un fait, qui a suscité le différend entre les deux adversaires et les a conduits devant le juge pour le vider.

A vrai dire, on n'hésite généralement pas à recon-

naître dans le serment décisore un moyen de preuve ; au reste, il serait difficile de le nier, quand on est en présence de témoignages aussi nombreux et aussi formels. Mais on a tort, et il ne faut pas suivre les auteurs, quand ils cherchent, pour expliquer son mécanisme, à voir en lui autre chose qu'un moyen de preuve, et quand ils le rapprochent de la transaction ou d'une convention. Car le serment décisore n'est *qu'un moyen de preuve*, et, en l'envisageant uniquement comme tel, on peut fort bien expliquer son mécanisme : point n'est besoin de parler d'un concours de volontés qui ne saurait exister.

En effet, le serment décisore, comme nous l'avons déjà fait remarquer, est un moyen auquel on a recours quand on ne dispose pas d'autres preuves ; c'est, de plus, un moyen qui déroge au principe général en vigueur dans notre droit, d'après lequel celui qui émet une prétention doit la prouver : il est une dérogation à la règle *onus probandi incumbit ei qui dicit*. Dès lors, si on part de ces deux idées, qui sont certaines et qu'on ne saurait contester, il semble raisonnable et logique, à la fois, que celui qui normalement devrait fournir sa preuve, et qui ne le peut pas, avertisse, par un acte extérieur et manifeste, son adversaire qu'il n'a pas à sa disposition de preuve ordinaire et qu'il est obligé, pour trancher le différend, de recourir à un moyen extrême. Il procède à la délation et il défère le serment décisore ; c'est-à-dire il se

décharge du fardeau de la preuve et de l'obligation qui lui incombe et qu'il ne peut remplir, et il demande, en même temps, à son adversaire d'apporter cette preuve que lui-même n'a pu fournir : en déférant le serment, il transporte (*defert*), pour ainsi dire, la preuve ; il la fait passer de ses mains entre celles de son adversaire.

En prêtant le serment demandé, l'autre partie répond à la proposition qui lui est faite ; elle accepte, si on veut, l'offre préalable, mais son acceptation n'est pas l'acceptation d'une offre de contracter ; elle n'est, en aucune façon, le second élément d'une convention, car il ne saurait y en avoir ici, comme nous l'avons montré. Elle accepte simplement le fardeau dont son adversaire s'est déchargé sur elle ; elle remplit l'obligation qu'il lui a imposée ; elle apporte, en définitive, par un moyen assez facile, puisqu'il dépend uniquement de sa conscience et de sa parole, la preuve de ce qui fait l'objet de la contestation avec son adversaire. Si elle ne prête pas serment, elle ne répond pas à la proposition qui lui est faite ; elle ne fournit pas sa preuve, elle perd son procès, et c'est elle qui le perd, parce que son adversaire, s'étant déchargé, par la délation, du fardeau qui pesait sur lui, doit triompher, comme triomphe tout plaideur, lorsque l'autre partie, qui devait prouver, ne prouve pas.

C'est d'après les mêmes règles qu'on doit expliquer

la relation du serment. En référant le serment, la partie avertit son adversaire, qui le lui a déferé, qu'elle ne veut pas garder le fardeau dont il l'a chargée ; elle réfère le serment décisoire ; c'est-à-dire elle retransporte (*refert*), pour ainsi dire, la preuve, elle la fait passer de ses mains entre celles de l'autre partie. Et, comme les moyens ordinaires de preuve font défaut, elle lui demande de fournir la preuve par le même moyen qu'elle-même lui avait auparavant imposé. La preuve est ainsi replacée dans sa situation normale, et celui qui a reçu la relation du serment obtient gain de cause, s'il jure, comme tout plaideur qui apporte la preuve de sa prétention.

On invoque parfois l'article 1364 en faveur de l'opinion qui voit dans le serment décisoire une convention, parce qu'il dit que : « La partie qui a déferé ou référé le serment ne peut plus se rétracter lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire ce serment. » Mais on peut très bien l'expliquer autrement. Ce n'est pas parce qu'elle a fait une offre de contracter et que son adversaire l'a acceptée que la partie ne peut plus se rétracter, mais c'est bien plutôt parce que s'étant déchargée, par la délation, du fardeau de la preuve sur les épaules de son adversaire, elle ne peut plus le lui retirer, quand il a déclaré qu'il voulait le supporter. En outre, au cas de relation, la partie ne peut plus se rétracter, pour la raison que la charge de la preuve pesant sur celui qui, d'après les principes

généraux, aurait dû la fournir, les deux adversaires se trouvent avoir repris leur rôle normal et la preuve sa place ordinaire.

Tel nous paraît être le système, très simple, auquel on doit s'arrêter pour expliquer le mécanisme du serment décisoire. A l'envisager comme un moyen de preuve, et uniquement *comme un moyen de preuve*, on se conforme à la fois à l'analyse juridique et à la vérité historique, tandis que parler de transaction ou de convention, c'est s'égarer et composer le serment décisoire d'éléments qui ne s'y rencontrent certainement pas. C'est là une erreur qui vient de loin et qu'on a pris l'habitude d'enregistrer, pourrait-on dire, plutôt par tradition que par réflexion : il n'en reste pas moins vrai que c'est une erreur contre laquelle on ne saurait trop s'élever. C'est, du reste, ce qu'avait déjà remarqué M. Charrier, quand il disait : « Si nous examinons spécialement le serment décisoire, son analyse en une transaction nous apparaît comme absolument fausse. Ce qui manque, pour qu'il y ait convention, c'est l'essentiel, c'est le consentement de l'une des parties. On dit bien que celui qui reçoit la délation ne saurait se plaindre de ce qu'on le fait juge dans sa cause en s'interdisant tout contrôle et tout recours. Mais d'abord il est impossible d'imposer une convention à quelqu'un, fût-elle tout à son avantage ¹. »

1. Charrier, *op. cit.*, p. 207.

Cette critique, nous ne pouvons faire autrement que de la partager, et nous la plaçons à la fin de ces explications, pour nous élever une fois encore contre l'opinion traditionnelle.

CHAPITRE III

ÉTAT DE LA JURISPRUDENCE SUR LA QUESTION

A la doctrine des auteurs, que nous venons d'examiner, il convient d'opposer la jurisprudence. Car si les problèmes juridiques sont théoriquement conçus par les premiers, c'est en contact avec la seconde qu'ils se développent, et il est intéressant, après les avoir envisagés abstraitement, d'examiner quelle solution leur est donnée en pratique. Or un point doit immédiatement être noté et mis en lumière : tandis que les auteurs s'attachent surtout et presque exclusivement à faire ressortir le caractère transactionnel ou conventionnel du serment décisoire, la jurisprudence ne se présente pas avec une netteté aussi absolue. Si quelques décisions, en effet, envisagent le serment décisoire comme une transaction, d'autres, au contraire, et ce paraît bien être le plus grand nombre, y voient un moyen de preuve : à une doctrine à peu près unanime s'oppose donc une jurisprudence flottante et indécise, mais avec une préférence assez marquée pour la solution la plus juridique.

D'après certaines décisions, d'abord, comme d'après

les auteurs, le serment décisoire est une transaction, et celles qui consacrent cette manière de voir ont été rendues dans différentes occasions et à divers points de vue. Qu'elles aient, en effet, à régler les rapports du juge avec les parties au procès, ou ceux des deux adversaires, les expressions qu'elles emploient, les termes dont elles se servent, ne peuvent faire douter de l'opinion qu'elles adoptent : le serment décisoire est une convention, une transaction, que passent entre eux le déférant et son adversaire.

A ce point de vue, un arrêt assez récent de la cour de Chambéry ¹ est significatif et mérite d'être exposé, aussi bien à cause de la question qu'il a tranchée que des considérants qu'on y lit. La question qui était posée à la cour était celle de savoir si, en cas de délation de serment par l'une des parties à l'autre, les juges doivent, lorsqu'ils en ordonnent la prestation, la prescrire dans les termes mêmes dans lesquels le serment a été déféré, ou s'ils peuvent les modifier ; et l'espèce qui lui était soumise était la suivante : Deux personnes ayant un différend entre elles, l'une défère à l'autre le serment décisoire ; le tribunal modifie les termes du serment, tels que le déférant les a présentés, et il y apporte certaines restrictions. Le déférant fait appel du jugement qui a modifié le serment et le défère à nouveau. En appel, l'intimé s'oppose à cette nouvelle

1. Chambéry, 3 février 1902, D. 1906.2.177.

délation, en se fondant sur ce que son adversaire ayant fait appel a rétracté son serment et ne doit plus être admis à le déférer de nouveau.

La cour de Chambéry n'a pas accepté cette argumentation et décide, dans cet arrêt, que l'appel n'a eu pour but que d'anéantir la modification des termes apportée par les juges du premier degré au serment décisoire, parce qu'en agissant ainsi ils ont substitué leur volonté propre à celle des parties, et qu'une convention ainsi formée ne peut pas régler leurs rapports. « Attendu, au fond, dit cet arrêt, que si le serment n'était qu'un moyen de preuve, il pourrait appartenir aux tribunaux d'en remanier la formule à leur gré, de même qu'ils modifient la teneur d'une articulation de faits, mais qu'il est, en outre, essentiellement transactionnel et qu'il ne saurait, en conséquence, entrer dans les attributions du juge de remplacer la transaction offerte par une transaction proposée par lui. » Et l'arrêt dit en terminant : « En restreignant la portée du serment déféré, les magistrats de première instance ont excédé les limites de leurs pouvoirs, et, dès lors, leur décision ne saurait être maintenue. »

De cet arrêt il se dégage, en toute logique, que les deux parties, en prêtant le serment décisoire et en le déférant, concluent une transaction, et que les tribunaux, lorsqu'ils modifient les termes de la formule proposée, commettent un excès de pouvoir, car ils n'ont pas pour mission de créer les conventions et de

les imposer aux parties : l'appel qui frapperait un jugement méconnaissant ces principes ne constituerait à aucun degré la rétractation du serment proposé, mais la rétractation de la convention que les juges ont voulu imposer aux parties.

Cet arrêt n'est que la mise en pratique de la doctrine traditionnelle, et M. César-Bru le résume fort bien, quand il dit dans la note qui le suit : « En réalité, la convention ne s'est pas formée, car elle n'a pu être imposée par les premiers juges : elle ne peut se former que librement, et il faut pour cela que les termes en soient rétablis, tels qu'ils avaient été fixés. » Mais, si le consentement n'est pas libre, quand les juges modifient la formule proposée, il ne l'est pas davantage quand le déférant met son adversaire dans l'alternative de prêter serment ou de le référer, et quand celui-ci perd son procès, s'il ne répond pas à la proposition qui lui est faite : c'est pour cette raison que la convention ne se forme pas, et qu'on n'en peut pas parler ¹.

Dans un ordre d'idées assez voisin, la jurisprudence a eu l'occasion de reconnaître et de proclamer les rapports étroits qui unissent le serment décisoire et la transaction : c'est en ce qui concerne le changement, du fait des parties, des termes du serment ; pas plus que le juge ne peut en remanier la formule, les parties ne

1. On peut se reporter également à un arrêt de la cour de Paris, qui est dans le même sens : 8 mars 1904, D 1905.2.65.

sauraient y apporter de changement, car le jugement qui ordonne la prestation du serment consacre une transaction désormais parfaite, dont la prestation n'est que l'exécution ; cette exécution ne peut donc avoir lieu que conformément au contrat, car le jugement « a sanctionné un contrat de transaction »¹ et le modifier, ce serait refuser de jurer. La décision à laquelle nous nous référons est précise : le jugement qui, sur la délation de serment faite par l'une des parties au sujet d'un fait déterminé par elle et sur l'acceptation de l'autre partie de le prêter dans les termes proposés, en ordonne la prestation dans les termes ainsi convenus, consacre une transaction désormais parfaite, qui sera exécutée au moment où le serment sera prêté. Il en résulte que celui qui jure est lié par la formule que son adversaire lui a proposée et qu'il ne peut, en aucune manière, la modifier : il ne pourrait pas, si nous prenons l'exemple de la décision, alors qu'on lui a demandé de jurer qu'un bail existe réellement, jurer qu'il a été conclu, mais qu'il a été résilié : faire cette addition, c'est porter atteinte à la convention, ce qui est exact, en général, car « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (art. 1134), mais la question est de savoir précisément si la convention s'est légalement formée et même s'il y en a une.

La Cour de cassation a eu à se prononcer sur la

1. Trib. de Brive, 15 janvier 1890, D. 1891.2.67.

question de savoir si le serment décisoire constituait un contrat judiciaire, et elle y a indirectement répondu. Elle a décidé, en particulier, dans un arrêt assez ancien, que le fait de la part des juges de changer les termes du serment déféré et ordonné par un jugement passé en force de chose jugée, en déclarant que les nouveaux termes remplissent exactement l'esprit dans lequel le serment a été déféré, n'est que l'interprétation d'un contrat judiciaire, qui ne peut donner ouverture à cassation ¹, et c'est la même doctrine qui est affirmée dans un autre arrêt, lequel décide que le moyen tiré de ce qu'un serment aurait été prêté en des termes autres que ceux en lesquels la prestation en avait été ordonnée, conduit à l'examen du fond, et ne peut, comme tel, être proposé en cassation ². On peut, semble-t-il, rapprocher cette jurisprudence de celle d'après laquelle les juges du fait interprètent souverainement les conventions qui leur sont soumises : le serment décisoire étant, avant tout, un contrat de transaction, n'échappe pas à ce principe. Un arrêt de Colmar du 25 avril 1827, tout en employant le mot « transaction » dans le sens que le serment décisoire met fin à un litige, spécifie nettement qu'il est un contrat judiciaire ³.

Enfin un arrêt de la Cour de Paris, rendu à propos

1. Cassation, 15 mai 1822, Dalloz, *Répert.*, v^o *Obligations*, 5278.

2. Cassation, 8 décembre 1829, Dalloz, *Répert.*, v^o *Obligations*, 5279.

3. Colmar, 25 avril 1827, Dalloz, *Répert.*, v^o *Obligations*, 5264.

de l'article 1364, que les partisans du caractère conventionnel du serment décisoire invoquent en leur faveur, fait clairement ressortir que les éléments indispensables à la formation de toute convention sont également nécessaires au serment décisoire ; il affirme « qu'il est un mode de décision qui ne s'établit que par le concours et le consentement des parties » ¹ ; ces éléments sont nécessaires, et, tant qu'ils n'apparaissent pas, on ne peut pas dire que les parties sont d'accord pour trancher leur différend par ce moyen. Dès lors, le jugement qui donne acte simplement de la délation d'un serment décisoire ne forme pas un contrat judiciaire, et il est permis de rétracter cette délation, tant que la partie à laquelle on l'a adressée n'a pas déclaré consentir à jurer, de même qu'une offre de contracter peut être retirée tant que l'autre partie n'y a pas répondu. Dès que la partie a manifesté sa volonté de prêter serment, le lien de droit est formé, et la rétractation de la délation ne peut plus se produire. La même solution est implicitement contenue dans un arrêt de la Cour de cassation, qui décide que le consentement de celui à qui la délation a été faite peut être tacite et s'induire des circonstances, comme, par exemple, de sa comparution à l'audience ² : le déférant ne peut plus se rétracter, le contrat est formé.

1. Paris, 25 mai 1854, D. 56.2.236.

2. Cassation, 3 février 1848, Dalloz, *Répert.*, *vo Obligations*, 5258 et 2574.

Tels sont les différents points de vue auxquels la jurisprudence s'est placée pour affirmer le caractère conventionnel du serment décisoire ; telles sont aussi les principales circonstances dans lesquelles elle s'est prononcée. Il est facile de remarquer que les décisions que nous avons rapportées ont su tirer des principes généraux qui régissent les conventions, pour les appliquer au serment décisoire, toutes les conséquences qu'ils comportent, notamment par rapport à leur formation, à leur interprétation, à leur exécution, à la liberté du juge et des parties.

Ces décisions partent d'un point de vue faux et inacceptable ; ne pourrait-on pas, d'ailleurs, les justifier, en ne voyant dans le serment décisoire qu'un moyen de preuve ? Nous avons déjà dit comment nous comprenions l'article 1364 et comment on pouvait l'expliquer, sans faire appel au caractère conventionnel du serment ; de même, si le juge ne peut pas modifier les termes de la formule dans laquelle la délation a été comprise, ne peut-on pas dire que ce n'est pas parce qu'il imposerait ainsi aux parties une transaction qu'elles n'ont pas conclue, mais bien plutôt parce que, le serment décisoire étant un déplacement de la preuve, c'est le déférant, c'est-à-dire celui qui normalement aurait dû la fournir, qui sait ce qu'il avait à prouver et dans quels termes il doit faire la délation pour que son adversaire prouve à sa place ? De même, si la partie qui jure ne peut pas apporter de modifications à la for-

mule, la restreindre ou l'amplifier, n'est-ce pas parce que le déférant a dû l'énoncer dans les limites où lui-même aurait dû prouver ? Et la modification très légère que le juge croirait bon d'y apporter pour donner au serment sa physionomie exacte, ne serait pas l'interprétation d'un contrat judiciaire, comme le décide la Cour de cassation, mais simplement l'éclaircissement et la mise au point d'un moyen de preuve : nous serions d'accord alors avec la cour de Chambéry qui proclame, dans l'arrêt du 3 février 1902, que « si le serment n'était qu'un moyen de preuve, il pourrait appartenir aux tribunaux d'en remanier la formule à leur gré, de même qu'ils modifient la teneur d'une articulation de faits. »

Quoi qu'il en soit, ce qui est certain, c'est qu'en assimilant le serment décisoire à une convention librement formée entre les parties, la jurisprudence était emmenée fort loin. En effet, avec le principe posé par l'article 1134, d'après lequel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », les parties acquéraient au procès un rôle exagéré, et le juge voyait le sien diminuer d'autant, ce dernier, comme on l'a dit très justement, « cessant d'être juge et n'étant plus que le témoin de la solennité qui va s'accomplir. » Au refus de la part du juge, ou seulement à la difficulté qu'il opposait d'accepter un tel moyen pour trancher le procès, les parties pouvaient toujours valablement objecter le principe en vertu du-

quel pleine liberté est donnée de conclure une convention, pourvu qu'elle n'ait rien de contraire ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs.

En voyant dans le serment décisoire un moyen de preuve, la jurisprudence restreignait par là même la liberté des parties ; elle la restreignait surtout par l'interprétation qu'elle donnait aux articles 1358 et 1360. Mais il semble bien qu'elle n'est pas arrivée à ce résultat immédiatement et du premier coup ; elle a emprunté une voie détournée, qui l'a conduite au but qu'elle visait.

A lire les arrêts, en effet, on remarque facilement que la jurisprudence part de ce principe, que si le serment décisoire peut, à la rigueur, être considéré comme un droit pour la partie qui le défère, l'exercice de ce droit est subordonné à certaines conditions et à certaines circonstances dont le juge a le devoir de vérifier la réunion ; et, dès lors, le juge n'est pas tenu d'ordonner la prestation du serment par cela seul qu'une des parties l'a demandée : il doit la refuser dans le cas où l'une des conditions requises pour la validité de la délation fait défaut, ou encore si on ne se trouve pas dans certaines circonstances déterminées. C'est ainsi que les tribunaux ont été amenés à repousser une délation de serment, quand elle a eu lieu par esprit de vexation ¹, ou bien s'ils estiment que la prestation n'aurait

1. Dijon, 27 octobre 1893, D 94.2.99.

aucun effet sur la décision à intervenir¹, ou encore lorsque les faits ne paraissent pas concluants, de nature à terminer l'affaire², ou encore lorsque le serment est tel que le refus de la partie adverse de le prêter n'aurait pu décider la question du procès³. Le même pouvoir d'appréciation a permis à la jurisprudence de repousser le serment quand, rédigé dans une forme plus ou moins captieuse, il aurait pour but de gêner la conscience de la personne à laquelle il est déféré, sans contribuer à une manifestation plus exacte de la vérité ni à une meilleure solution du procès⁴.

De là à voir dans le serment décisoire un moyen de preuve, il n'y avait qu'un pas et la jurisprudence l'a franchi. Car, si le juge a la faculté d'examiner des conditions qu'on pourrait appeler purement extérieures au procès, pour dire s'il doit admettre ou refuser le serment, à plus forte raison le pourra-t-il quand il s'agira de se rendre compte si ce moyen est de quelque utilité dans l'instance engagée pour faire la preuve des faits contestés, ou s'il doit le rejeter parce qu'à ce point de vue il ne serait plus d'aucun secours.

D'ailleurs, la jurisprudence a trouvé dans les textes du Code un argument en faveur de sa thèse. Elle invo-

1. Rennes, 13 août 1812, Dalloz, *Répert.*, v^o *Obligations*, 5245

2. Cassation, 6 mai 1834, Dalloz, *Répert.*, *eod.* v^o, 5245-3^o.

3. Cassation, 23 novembre 1846, Dalloz, *Répert.*, *eod.* v^o, 5186-6^o ;
Bourges, 15 juillet 1814, *eod. loco* ; Cassation, 22 avril 1898,
D. 98.1.391.

4. Colmar, 9 mars 1864, D. 66.2.16.

que les articles 1358 et 1360 et s'appuie sur le mot « peut » qu'on y lit : elle dit que ce mot s'adresse aux juges, et que la loi leur a par là implicitement reconnu la faculté d'apprécier si le serment décisoire était ou n'était pas une mesure nécessaire. L'opinion de la jurisprudence en ce sens est fort ancienne et déjà, en 1829, un arrêt de la Cour de cassation l'exprimait en ces termes : « Le juge est appréciateur de l'offre de déférer le serment, et il n'est pas obligé d'y avoir égard¹. » L'année suivante, la cour de Bordeaux consacrait la même opinion, quand elle disait : « Attendu que les articles 1358 et 1360 du code Civil n'imposent pas aux tribunaux l'obligation d'ordonner le serment décisoire que l'une des parties défère à l'autre ; que la loi leur laisse, au contraire, la libre faculté de le rejeter ou de l'admettre, selon les circonstances dont ils sont les seuls juges appréciateurs ; que les explications données par N... ont convaincu la cour de sa bonne foi, et qu'elle n'a pas eu besoin de chercher une nouvelle garantie dans le serment déféré². »

Depuis, les décisions qui ont reconnu aux juges un large pouvoir d'appréciation pour refuser ou admettre, suivant les circonstances, le serment décisoire, sont très nombreuses³. Cependant, deux arrêts de la cour

1. Cassation, 23 avril 1829, Dalloz, *Répert.*, *eod. v.*^o, 5241-2^o.

2. Bordeaux, 19 janvier 1830, Dalloz, *Répert.*, *eod. v.*^o, 5241-3^o.

3. Cassation, 6 août 1856, D. 57.1.39 ; Agen, 8 décembre 1858, D. 59.2.49 ; Pau, 10 décembre 1858, D. 59.1.155 ; Cassation, 6 février 1860, D. 60.1.253 ; Chambéry, 22 mars 1861, D. 61.2.165 ; Cassa-

de Caen du 15 février 1838 et du 4 janvier 1840 ¹ semblent bien repousser cette manière de voir et refuser aux juges tout pouvoir de contrôle, lorsqu'ils affirment ou bien que le juge ne peut pas refuser d'admettre le serment décisoire, lorsque le fait sur lequel le serment doit porter est décisif, ou bien que « les tribunaux n'ont pas le droit d'examiner jusqu'à quel point la demande est fondée et probable, lorsqu'il s'agit du serment décisoire. »

A ces deux arrêts s'oppose une jurisprudence ferme et constante, aussi bien des cours d'appel que de la Cour de cassation, et celle-ci a eu récemment encore l'occasion de se prononcer par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 18 octobre 1909, qui décide que si le serment décisoire peut être déféré par la partie sur quelque contestation que ce soit et en tout état de cause, il appartient au juge d'apprécier si cette mesure est ou non justifiée ².

De ce large pouvoir d'appréciation, il est résulté

tion, 11 novembre 1861, D. 62.1.435 ; Colmar, 29 juillet 1863, D. 63.2.137 ; Cassation, 17 novembre 1863, D. 64.1.121 ; Cassation, 19 avril 1870, D. 72.1.323 ; Cassation, 27 juillet 1875, D. 76.1.161 ; Limoges, 15 janvier 1884, D. 84.2.101 ; Cassation, 11 mars 1884, D. 85.1.144 ; Cassation, 22 juillet 1884, D. 85.1.253 ; Dijon, 27 octobre 1893, D. 94.2.99 ; Cassation, 31 octobre 1893, D. 94.1.108 ; Alger, 17 février 1894, D. 95.2.262 ; Cassation, 30 juin 1896, D. 97.1.12 ; Cassation, 22 avril 1898, D. 98.1.391 ; Cassation, 16 juillet 1900, D. 1900.1.462.

1. Caen, 15 février 1838 et 4 janvier 1840, Dalloz, *Répert.*, *eod.* v^o, 5242-1^o et 2^o.

2. Cassation, 18 octobre 1909, *le Droit* du 22 octobre 1909.

ce fait que la jurisprudence considère le serment décisive comme un moyen de preuve. C'est ce principe que sanctionnent les décisions qui décident que le juge peut refuser d'admettre le serment décisive, lorsqu'il tend à faire rejeter une demande suffisamment justifiée ¹, ou lorsque les faits que tend à combattre la délation de serment sont suffisamment prouvés au procès ², ou encore lorsque les faits allégués, objet de la délation du serment, n'ont rien de sérieux ou sont invraisemblables ³, car « il appartient au juge d'apprécier si ce mode de preuve doit être admis ou rejeté. »

Acepoint de vue, un arrêt de la Cour de cassation est très précis : « Sur le premier moyen, tiré de la violation de l'article 1358 : Attendu, en droit, que si le serment décisive peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit, et en tout état de cause, il appartient au juge néanmoins d'apprécier si ce mode de preuve est nécessaire ; qu'il peut refuser d'ordonner la prestation de serment, comme inutile, lorsqu'il constate que la convention alléguée se trouve d'ores et déjà démentie par les documents produits au procès et par les explications des parties ⁴. »

La pensée de la Cour suprême manifestée dans cet

1. Cassation, 6 août 1856, D. 57.1.39.

2. Cassation, 11 novembre 1861, D. 62.1.466, et 17 mars 1862, D. 62.1.435.

3. Cassation, 11 mars 1884, D. 85.1.144 ; Cassation, 1^{er} mars 1859, D. 59.1.155 ; Bastia, 12 avril 1864, D. 64.2.88.

4. Cassation, 19 avril 1870, D. 72.1.323.

arrêt est claire : en même temps qu'il spécifie nettement que le serment décisoire est un moyen de preuve, il indique également que c'est à l'article 1358 qu'on doit rattacher le pouvoir d'appréciation qui appartient aux juges pour le refuser ou l'admettre comme tel. Un autre arrêt de la Chambre des Requêtes a même décidé que le juge peut refuser d'ordonner le serment en déclarant que, tandis que la réclamation de la partie ne repose sur aucun élément de preuve sérieux, la résistance de la partie adverse est suffisamment justifiée par tous les renseignements du débat ¹. Il semble, cependant, que dans cet arrêt la Cour a poussé trop loin la théorie, car si aucun élément de preuve sérieux n'apparaissait au procès, c'était bien l'occasion d'avoir recours au serment, qui est le moyen extrême pour trancher les contestations ².

Le pouvoir d'appréciation reconnu aux tribunaux est très étendu, puisque, lorsqu'il s'agit de décider si le fait à l'occasion duquel le serment est déféré est de nature

1. Cassation, 16 juillet 1900, D. 1900.1.462.

2. On peut encore citer un arrêt de la Chambre des Requêtes du 17 novembre 1863 (*Revue critique de jurispr.*, 1864, p. 248) : « Attendu, en droit, que s'il est vrai que le serment peut être déféré sur quelque contestation que ce soit et en tout état de cause, il n'en reste pas moins vrai qu'il appartient au juge d'apprécier si cette mesure est ou non nécessaire ; qu'il peut refuser de l'ordonner, comme inutile, lorsqu'il déclare que la demande lui paraît suffisamment justifiée d'ailleurs, ou que la preuve des faits contestés par celui qui défère le serment est déjà acquise au procès. » De même Douai, 8 novembre 1901, D. 1902.2.135, à propos d'un serment que le juge refuse, parce que le fait à prouver est dès à présent établi.

à fournir complètement la preuve qui était à faire par la partie qui l'a déféré, le juge a un pouvoir discrétionnaire d'appréciation, et sa décision sur ce point, soit qu'elle admette, soit qu'elle rejette le serment, ne paraît pas susceptible d'être déférée à la Cour de cassation : c'est du moins ce qu'on peut tirer d'un arrêt de la Cour de cassation du 6 février 1860 ¹. Mais il semble bien que la décision du juge pourrait donner ouverture à cassation si elle contenait sur les conséquences légales du fait une appréciation fausse, de nature à constituer une violation ou une fausse application d'un texte de loi.

La jurisprudence, enfin, regarde bien le serment décisoire comme un moyen de preuve, quand elle décide, par exemple, qu'il ne saurait être admis dans le cas où la loi rejette la preuve des conventions ², ou encore qu'il est impossible de suppléer, par la délation du serment, au défaut d'actes solennels, parce qu'ils n'admettent pas d'autre moyen équivalent de preuve que l'accomplissement des solennités qui les constituent, et que si ces solennités n'ont pas été observées, il n'y a pas de contrat aux yeux de la loi : la délation du serment, comme toute autre preuve, serait donc inutile en même temps que frustratoire ³.

1. Cassation, 6 février 1860, D. 60.4.253.

2. Alger, 22 juillet 1895, D. 97.2.342.

3. Cassation, 21 juillet 1852, Dalloz, *Répert.*, *eod.* n^o, 5195 (à propos d'un contrat de mariage). — De même le serment décisoire ne peut pas être déféré relativement aux faits réputés constants jusqu'à

Les décisions de jurisprudence consacrent donc les deux théories du serment décisoire « transaction » et du serment décisoire « moyen de preuve. » Quand elles l'envisagent comme un moyen de preuve, on ne peut que les approuver, car par là elles sanctionnent la manière de voir la plus exacte ; on ne peut qu'approuver aussi le pouvoir d'appréciation que la jurisprudence se reconnaît et qui a eu, entre autres conséquences heureuses, d'assigner au serment décisoire le caractère qui lui convient.

Sans vouloir nous arrêter longuement à le justifier, on nous permettra néanmoins de faire remarquer que ce pouvoir d'appréciation semble bien conforme à l'article 120 du Code de procédure, qui dispose « que tout jugement qui ordonnera un serment énoncera les faits sur lesquels il sera reçu » : si, dans son jugement, le juge doit énoncer les faits, il a par là même le droit et de les connaître et de les apprécier.

inscription de faux. Ainsi, dans les cas où les actes authentiques font foi jusqu'à inscription de faux, le serment ne peut pas être déféré, parce que l'inscription de faux est la seule preuve admise par la loi contre l'authenticité. Au contraire, la délation du serment est admissible, lorsque l'acte authentique ne fait foi que jusqu'à preuve contraire, car, dans ce cas, toute preuve légale est admise contre l'acte. C'est ainsi qu'il a été jugé (Caen, 9 janvier 1815, Dalloz, *Rép.*, *eod.* *vo.*, 5498-3^o) que le débiteur peut déférer au créancier le serment sur le fait de savoir si une somme énoncée payée hors de la vue du notaire a été versée, et si celle qui est dite avoir été versée en présence de ce notaire n'a pas été rendue postérieurement au créancier ; mais que le serment ne pourrait être déféré au créancier sur la question de savoir si le notaire n'a pas faussement attesté le versement mentionné au contrat, comme fait en sa présence.

Il est conforme encore aux articles 1359 et 1362 du Code civil, qui imposent certaines conditions pour qu'une délation ou une relation de serment puisse avoir lieu, et qui, sinon le juge, peut examiner si le fait est personnel aux deux parties, dans l'hypothèse de relation, ou bien s'il est personnel à la partie à qui le serment est déféré, dans l'hypothèse de délation ?

Il faut aller plus loin, et dire que ce pouvoir d'appréciation est nécessaire pour opposer une barrière à la volonté toute-puissante et capricieuse des plaideurs ; car, comme on l'a fait très justement remarquer, « si le droit de la partie est absolu, indépendant du juge, le magistrat, en matière de serment décisive, ne sera plus que l'instrument de la volonté des plaideurs ¹. » Acte essentiellement fatal, en ce sens qu'une fois prêté, la décision s'impose au juge, le serment décisive l'est encore davantage, si celui-ci ne peut le refuser par cela seul qu'il est valablement déféré. N'était-ce pas, d'ailleurs, à ce pouvoir d'appréciation que faisait allusion Bigot-Préameneu quand il disait au Conseil d'Etat : « Le serment est au nombre des moyens par lesquels la loi espère que la vérité sera découverte ? Ce moyen, comme tous les autres, a dû être confié à la prudence du juge. » Formule très large, qui comprend aussi bien le contrôle que le magistrat doit exercer sur les conditions légales du serment que celui qu'il estime conve-

1. Giraud, *Revue critique de jurisprudence*, 1864. .

nable et « prudent » d'exercer pour voir si ce moyen est encore de quelque utilité au procès.

Quoi qu'il en soit, ce pouvoir d'appréciation, la doctrine, en général, ne le reconnaît pas au juge, qui ne peut refuser d'admettre le serment décisoire, lorsque le fait sur lequel le serment doit porter est décisif, à moins toutefois, pour quelques auteurs, que la délation du serment n'ait eu lieu par esprit de vexation. « En autorisant la délation du serment dans toute espèce de contestation et en tout état de cause, disent MM. Aubry et Rau, la loi attribue une faculté à la partie et non au juge. Il en résulte que, lorsque le serment est valablement déféré, ce dernier est, en général, tenu de l'admettre ¹. » La plus grave conséquence que cette manière de voir emporte, c'est qu'elle interdit au juge de refuser le serment, même si sa conviction est déjà faite par ailleurs. M. Bonnier, cependant, paraît bien avoir remarqué cet inconvénient et il s'exprime ainsi à ce sujet : « La jurisprudence persiste dans son idée que

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, § 753. Les mêmes auteurs ajoutent : « Les expressions « le serment peut être déféré » ne s'appliquent point au juge, mais aux parties, puisque la délation du serment décisoire constitue une proposition de transaction qui ne peut émaner que de l'une d'elles. » — Mais ce n'est pas parce que c'est la partie elle-même qui défère le serment et qui saisit son adversaire qu'on doit refuser au juge toute faculté d'examen : si c'est la partie qui saisit son adversaire, cela provient du mécanisme de ce mode de preuve, et le pouvoir d'appréciation laissé au juge ne dénature en rien le caractère du serment décisoire. — Voir également Marcadé, sur art. 1358 à 1360, n° 2 ; Demolombe, XXX, n° 615 ; Laurent, XX, n° 238.

les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou pour écarter la délation du serment décisive. L'une des considérations qui paraissent l'entraîner, c'est l'abus que pourrait faire du serment décisive une partie de mauvaise foi, soit en le transformant en un pur moyen de vexation, soit en s'en servant pour prolonger le procès. Il faut ajouter qu'il n'est pas possible de traiter le serment autrement qu'un moyen de preuve ordinaire. Or, si on se place à ce point de vue, il est difficile d'imposer au juge, lorsque sa religion est éclairée, de déférer un serment qui lui paraît absolument inutile. C'est là, croyons-nous, la considération décisive ¹. » Cette considération est, en effet, décisive et justifie pleinement la jurisprudence.

1. Bonnier, *Traité des Preuves*, 5^e édition, p. 368.

CHAPITRE IV

LE SERMENT DÉCISOIRE ENVISAGÉ DANS SA FIN ET DANS SES CONDITIONS GÉNÉRALES

Etudier le serment décisoir dans sa nature juridique, c'est aborder un problème qui doit retenir l'attention et qu'il importe de résoudre ; mais c'est aussi envisager le serment décisoir sous son aspect le plus théorique, sous sa physionomie la plus ingrate. D'autres questions, celles-là plus pratiques, relatives aux effets et aux conséquences du serment décisoir, au but qu'il atteint et à la fin qu'il poursuit, aux conditions qu'il nécessite chez les plaideurs qui en font usage, doivent aussi être présentées et résolues. C'est à cette étude que nous allons nous livrer, et nous réunirons ces différentes questions sous deux chefs distincts ; nous étudierons le serment décisoir dans sa fin, d'abord ; dans ses conditions générales, ensuite.

SECTION I

Le serment décisoir envisagé dans sa fin.

A. — Il doit terminer la contestation d'une façon péremptoire.

C'est à ce caractère que fait allusion l'article 1357 quand, dans la définition qu'il donne du serment déci-

soire, il dit qu'il est « celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause », et c'est la même idée qu'on trouve exprimée dans cette phrase du tribun Jaubert : « L'effet de ce serment, disait-il, est de terminer définitivement et irrévocablement la contestation en conformité du serment prêté ¹. »

Ce caractère est le plus important, et on le résume en disant que le serment est «décisoire» : il tranche, il met fin à la contestation qui divisait les deux adversaires ; il décide, en un mot, lequel doit l'emporter sur l'autre. Et c'est en ce sens seulement, pour faire comprendre ce caractère et le mettre en lumière, par une sorte de comparaison, qu'on peut dire que le serment décisoire ressemble à une transaction, car, comme elle, il termine le différend ; mais on pourrait aussi bien l'approcher d'un jugement.

Dans son principe, ce caractère ne saurait présenter de difficultés, et il suffit de l'énoncer pour le comprendre : est-ce celui à qui le serment était déféré ou référé qui l'a prêté, il gagne son procès ; ou bien, celui à qui il était déféré ou référé n'a-t-il pas juré, c'est son adversaire qui gagne son procès : dans tous les cas, la cause sera gagnée ou perdue pour l'un ou pour l'autre.

1. Rapport du tribun Jaubert sur la troisième partie du projet concernant la preuve des obligations et la preuve du paiement (séance du 14 pluviôse an XII). Dalloz, *Répertoire*, v^o *Obligations*, p. 44.

tre, et irrévocablement. Mais si, au lieu d'envisager ce caractère théoriquement, on veut essayer d'en voir quelques applications et d'en mesurer à la fois la portée et l'étendue, on se rend compte que certaines difficultés peuvent se présenter.

Il est des cas, d'abord, qui n'en soulèvent aucune. Si, par exemple, Paul, prétendant avoir prêté à Pierre 10.000 francs, lui défère le serment décisoire et si celui-ci jure, il est évident que le débat sera terminé et la contestation qu'ils avaient entre eux vidée¹. Mais d'autres hypothèses ne se présentent pas avec cette simplicité. A cet égard, un cas assez pratique est celui qui est relatif aux incidents soulevés au cours d'une instance, et il faut entendre cette expression dans un sens très large, comprenant tout ce qui vient s'ajouter au procès normal et originaire, et en retarder le cours. La question qui va alors se poser est celle de savoir si le serment déféré sur un incident qui a surgi au cours de l'instance est un serment décisoire, parce qu'en réalité il tend à mettre fin à une contestation, ou bien s'il ne peut être considéré comme tel, parce qu'une fois prêté, il ne termine pas le litige sur lequel l'incident est venu se greffer.

La jurisprudence paraît bien fixée en ce sens que les contestations incidentes, qui sont soulevées au

1. Cassation, 9 novembre 1846, D. 46.1.348 ; Bourges, 11 février 1845, D. 46.4.457 ; Liège, 12 janvier 1859, *Pasicrisie belge*, 1859.2.204 ; Cassation, 13 mars 1900, D. 1900.1.264 ; Cassation, 29 avril 1885, D. 85.1.440.

cours d'un procès, doivent être considérées comme formant, à elles seules et par elles-mêmes, un procès distinct du procès originaire, et que, dès lors, si le serment déferé a pour but et pour effet de mettre fin à ces contestations, on doit le regarder comme décisoire. Elle considère comme raisonnable d'admettre qu'on puisse recourir à ce serment, non seulement pour vider le différend originaire qui s'est élevé entre les parties, mais aussi pour apporter une solution aux contestations accessoires, dont la décision prépare celle de l'objet principal. D'ailleurs, ajoute-t-elle, si les contestations incidentes puisent leur source dans le procès que les parties ont porté devant les tribunaux, si elles sont nées de lui et à cause de lui, elles acquièrent postérieurement une vie propre, et il n'y a aucune raison pour ne pas employer à leur égard les mêmes moyens dont on use pour apporter la preuve des faits qui font l'objet du premier débat ¹.

B. — Il doit porter sur des faits « relevants ».

Ce deuxième caractère comporte deux éléments : le serment décisoire doit porter sur un fait, et ce fait doit être « relevant ».

Que le serment décisoire ne puisse être déferé que

1. Cassation, 5 mai 1886, D. 86.1.467 ; Cassation, 22 avril 1898, D. 98.1.391 ; Cassation, 11 février 1902, D. 1902.1.80 ; Bourges, 22 février 1842, et Rouen, 14 juin 1834, Dalloz, *Rép.*, v° *Oblig.*, 5213. et 5214 ; Bruxelles, 22 avril 1830, Dalloz, *eod.* v°, 5187.

sur un fait, c'est là une innovation de notre législation. A Rome, en effet, il en était autrement, et on pouvait déférer le serment sur une question de droit ; dans les textes romains, on rencontre des formules telles que celles-là : « Jurez que vous ne me devez rien ; jurez que cette hérédité vous appartient. » Aujourd'hui, il n'en est plus ainsi, et un serment déféré en ces termes ne saurait être admis. Ce changement a sa raison d'être et M. Baudry-Lacantinerie le justifie de cette manière : « Le jugement d'un rapport de droit, dit-il, renferme nécessairement l'application d'une théorie juridique ; or la jurisprudence, de même que toutes les sciences morales, n'est pas assise sur des principes assez clairs et assez précis pour mettre obstacle à toute appréciation casuistique, alors surtout que l'intérêt du plaideur viendra ajouter de nouvelles forces à la conviction de son droit. Les faits, au contraire, se manifestent matériellement, et sont du ressort des sens ; leur affirmation ne met en jeu que la mémoire, et les aberrations du raisonnement ne sont plus à craindre ¹. »

Le second élément se rapproche quelque peu du caractère que nous avons précédemment signalé, d'après lequel le serment décisoire doit mettre fin à la contestation. Le fait doit être « relevant » ou décisif, c'est-à-dire qu'il doit être de nature à trancher le procès et à motiver légalement la décision. La jurisprudence en a conclu qu'on ne peut pas déférer le ser-

1. Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, n° 2736.

ment décisive sur un fait qui, d'après les circonstances de la cause, existe ou bien n'existe pas ¹. De même, encore, si on le défère sur plusieurs faits à la fois, il faut que tous ces faits soient relevants, et si, parmi eux, les uns le sont, les autres ne le sont pas, la délation ne saurait être admise, ou du moins ne saurait-elle l'être que sur les faits qui sont relevants. La jurisprudence a encore tiré de cet élément que le fait sur lequel porte le serment doit être dégagé de toute complexité, de tout caractère qui tendrait à embarrasser l'adversaire et à mettre entre les mains du déférant une arme propre à exercer sur sa conscience ou sa volonté une pression, dans l'hésitation où il se trouverait d'accepter le serment sur tous les faits qu'il embrasse ou à le rejeter sur certains et à l'admettre sur d'autres ; ce qui, en définitive, pourrait le pousser à ne pas jurer, et à perdre ainsi, par suite de l'impression qu'a pu causer sur son esprit la complexité de la délation, son procès ².

L'examen de ces deux caractères attachés au serment décisive nous amène à la question, encore aujourd'hui très controversée, de savoir quelle est la qualification qu'il faut donner à un serment déféré par des conclusions subsidiaires : est-ce un serment déci-

1. Douai, 8 novembre 1901, D. 1902.2.135 : cet arrêt décide que le serment ne peut être déféré sur des faits démentis d'avance par les circonstances de la cause.

2. Luxembourg, 8 février 1893, D. 94.2.84.

saire, ou bien, au contraire, n'est-ce qu'un serment supplétoire ?

La jurisprudence, malgré quelques arrêts contraires, est depuis longtemps fixée en ce sens que le serment déféré par des conclusions subsidiaires est un serment supplétoire, quelle que soit, du reste, la dénomination qui lui ait été donnée, et que le juge jouit du pouvoir de l'admettre ou de le rejeter, sous les mêmes conditions prescrites pour l'admission ou le rejet du serment supplétoire par l'article 1367 du Code civil, aux termes duquel « le juge ne peut déférer d'office le serment que sous les deux conditions suivantes : il faut 1° que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée ; 2° qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves. »

Les décisions qui ont consacré cette théorie sont nombreuses, et la jurisprudence est inébranlablement fixée ¹. Ne peut-on pas, d'ailleurs, saisir un certain rapport entre cette manière de voir et l'interprétation donnée aux articles 1358 et 1360, d'après laquelle le juge jouit d'un très large pouvoir d'appréciation pour rejeter ou bien admettre le serment décisore ? C'est,

1. Paris, 20 janvier 1844, D. 45.4.476 ; Nancy, 12 février 1846, D. 46.2.121 ; Colmar, 13 juillet 1846, D. 46.4.456 ; Riom, 3 juillet 1849, D. 49.5.362 ; Cassation, 15 mars 1852, D. 52.1.79 ; Douai, 31 janvier 1855, D. 55.5.412 ; Bordeaux, 22 août 1871, D. 72.2.214 ; Cassation, 13 juin 1881, D. 82.1.474 ; Toulouse, 25 mai 1885, S. 89.2.41 (note de M. Labbé) ; Cassation, 7 novembre 1893, D. 94.1.15. Cf. aussi au Dalloz, *Répert.*, v° *Oblig.*, 5188, les arrêts plus anciens.

du moins, l'impression qui se dégage d'un arrêt de Bastia ¹ qui qualifie de décisoire un serment déféré par des conclusions subsidiaires, mais duquel, précisément pour cette raison, on peut argumenter en sens contraire. Cet arrêt, en effet, comprend les articles 1358 et 1360 comme le comprennent les auteurs et interprète les mots « peut être déféré » comme une faculté laissée à la partie, faculté que le juge ne peut en rien paralyser : il part de là pour qualifier de décisoire un serment déféré par des conclusions subsidiaires. Mais cette façon d'interpréter les articles 1358 et 1360 est une exception pour la jurisprudence, et nous avons vu précédemment combien le contrôle du juge était large et son appréciation étendue. Dès lors, si ce pouvoir appartient au magistrat, en matière de serment décisoire, et s'il n'est pas tenu de l'admettre par cela seul qu'il est valablement déféré, ne peut-on pas dire que cette faculté d'examen doit lui être concédée, quand le serment a été déféré par des conclusions subsidiaires et qu'il peut n'en user que pour compléter les preuves présentées en première ligne, comme, de sa propre initiative, il aurait pu le faire, conformément à l'article 1367 ? Au reste, ajoute la jurisprudence, c'est bien là, semble-t-il, l'intention de la partie, puisqu'elle n'a déféré le serment que subsidiairement, comme pour inviter le juge à faire ce qu'il aurait pu

1. Bastia, 12 avril 1864, D. 64.2.88.

faire de sa propre initiative, au cas où les preuves présentées auparavant n'eussent pas pleinement justifié sa demande, ce qui est précisément l'une des deux hypothèses prévues par l'article 1367.

Les auteurs ne partagent pas cette opinion et considèrent, au contraire, comme décisive un serment déféré par des conclusions subsidiaires. La raison principale qu'ils invoquent, c'est que le serment décisive est celui qui est déféré par la partie, tandis que le serment supplétoire est celui qui est déféré d'office par le juge ; peu importe qu'il ait été déféré par des conclusions subsidiaires : la délation vient de la partie et cela suffit¹. Quelques décisions de jurisprudence ont adopté cette opinion².

Selon nous, ces deux systèmes doivent être repoussés, car ils sont trop absolus. Pour résoudre le problème, il faut envisager le serment décisive, non pas dans son origine, c'est-à-dire dans sa délation, mais dans sa fin et dans son but : voilà comment cette question se rattache aux caractères que nous avons précédemment signalés comme appartenant au serment décisive. Si, en effet, on n'envisage que le fait de la délation, il nous semble qu'on peut aussi bien soutenir que le serment déféré par conclusions subsidiaires

1. Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, n° 2748 ; Marcadé, sur art. 1358 à 1360, n° 3 ; Demolombe, XXX, n° 620 ; Laurent, XX, n° 257.

2. En particulier, Bastia, 12 avril 1864, D. 64.2.88 ; Le Puy, 29 janvier 1869, D. 70.3.12.

est décisive, parce que la délation émane de la partie, que dire, avec autant de vraisemblance, qu'il est supplétoire, parce que, venant en concours avec d'autres moyens, la partie a par là manifesté son intention que le juge n'y ait recours que pour les compléter.

La question ne saurait être résolue abstraitement : on ne peut pas dire *a priori* qu'un serment déferé par des conclusions subsidiaires est décisive ou qu'il est supplétoire. C'est une question qu'il faut résoudre en pratique, et la solution qu'il faut y donner doit partir d'une distinction et d'une interprétation de volonté. Si, en déférant le serment, la partie a entendu renoncer aux autres moyens qu'elle a proposés dans ses conclusions principales, si elle a entendu surtout renoncer à en saisir la juridiction supérieure, le serment a, dès lors, pour but de mettre fin au litige d'une façon irrévocable et définitive et il est décisive ; mais le juge pourra, en vertu des articles 1358 et 1360, tels qu'ils sont interprétés par la jurisprudence, exercer son contrôle et décider si cette mesure est ou non nécessaire. Si, au contraire, en déférant le serment, la partie n'a pas renoncé à ses conclusions principales et aux moyens qu'elles comprenaient, si elle s'est réservé de saisir la juridiction supérieure de ces moyens, le serment n'a pas pour but de mettre fin au différend d'une manière irrévocable et définitive, sa volonté doit être interprétée en ce sens qu'elle a déferé un serment supplétoire, que le juge ne pourra prendre en considération qu'aux condi-

tions énumérées dans l'article 1367 ; la délation par conclusions subsidiaires revêt alors toute sa signification : c'est une délation de serment qui vient en aide (*subsidium*) aux autres moyens présentés dans les conclusions principales. La Cour de cassation a sanctionné cette distinction dans quelques arrêts anciens, notamment dans ceux rendus par la Chambre des Requêtes le 12 novembre 1835, le 21 novembre 1833, le 26 novembre 1828. Mais la plus grande majorité des arrêts considère le serment déféré d'une telle manière comme un serment supplétoire.

SECTION II

Le serment décisore envisagé dans ses conditions générales.

A. — Des cas dans lesquels il peut être déféré.

Le serment décisore a une sphère d'application très large et très étendue, reconnue par le Code dans l'article 1358, qui dispose que « le serment décisore peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit ».

De ce principe posé par l'article 1358, on peut d'abord tirer que le serment décisore peut être déféré dans toute espèce d'instances civiles, possessoires et pétitoires, personnelles et réelles, quelle que soit la valeur du litige. A ce point de vue, le serment décisore

est un genre de preuve qui a une étendue d'application beaucoup plus large que la preuve testimoniale et qu'on peut déférer sans qu'on ait à envisager si la contestation excède ou non la valeur de 150 francs, et sans qu'on soit limité dans son emploi par les restrictions apportées par l'article 1341 à la preuve testimoniale ¹.

Ensuite, le serment décisoire peut être déféré devant toutes les juridictions ; c'est une conséquence de la règle posée par l'article 1358, car si la délation peut avoir lieu sur quelque espèce de contestation que ce soit, il s'ensuit nécessairement qu'elle peut se produire devant les juridictions capables de connaître de ces contestations ou de ces litiges. La délation pourra donc être faite devant les tribunaux civils, devant les tribunaux de commerce (art. 189 Code de commerce), devant les justices de paix (art. 55 Code de procédure), devant les juridictions arbitrales, devant les conseils de prud'hommes. Deux exceptions sont faites cependant en faveur de la juridiction criminelle et de la juridiction administrative. Devant la juridiction administrative,

1. Cassation, 7 novembre 1893, D. 94.1.15 ; Cassation, 3 janvier 1905, D. 1905.1.75 ; Limoges, 6 février 1845, D. 46.4.458. La rédaction très large dans laquelle est conçu l'art. 1358 a même poussé la jurisprudence à autoriser la délation du serment décisoire, au cas où il aurait pour résultat de porter atteinte à l'honneur de celui auquel il est déféré : c'est ainsi qu'elle admet la délation du serment sur des faits illicites, comme des faits d'usure, ou sur des entraves apportées à la liberté de tester. (Pau, 3 décembre 1829, Dalloz, *Rép.*, v^o *Obligations*, 5203 ; Tunis, 13 avril 1808, Dalloz, *Rép. eod. loco* ; Bruxelles, 1^{er} février 1809, Dalloz, *Rép. eod. v^o*, 5204)

si on en croit le rapport présenté au Sénat sur la loi du 22 juillet 1889, relative à la procédure à suivre devant les conseils de préfecture, la possibilité de déférer le serment est écartée, parce que, dans les litiges qui s'élèvent entre les particuliers et les agents de l'Administration, il y aurait pour ces derniers de graves inconvénients à prêter le serment ou à le déférer¹. Devant la juridiction criminelle, ce sont des motifs d'ordre public, tout aussi bien que les principes qui dominent le droit pénal qui font obstacle à ce que le prévenu ou accusé puisse, par le fait d'une délation de serment, être constitué ou constituer la partie civile juge de sa propre cause.

Enfin l'article 1360, en disposant qu' « il peut être déféré en tout état de cause, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué », donne encore au serment décisore une sphère d'application beaucoup plus large, car il résulte, en particulier, de cette disposition qu'il peut être déféré pour la première fois en appel. Seulement la délation du serment n'est plus admise, lorsqu'il est intervenu, relativement au fait contesté, une décision passée en force de chose jugée, et la jurisprudence décide, pour limiter le droit des parties à ce point de vue, que le serment ne peut plus être déféré après les plaidoiries, et lorsque la cause est en

1. *Journal officiel*, Sénat, Documents parlementaires, 1889, p. 4.

délibéré¹. De même encore la délation du serment n'est pas possible devant la Cour de cassation, appelée exclusivement à statuer sur le point de droit, et non sur le point de fait, auquel le serment est seulement applicable.

Quelle qu'elle soit, cependant, la généralité des termes de l'article 1358, certaines restrictions doivent être apportées à la liberté qu'ont les parties de déférer le serment décisore. D'abord, comme nous l'avons déjà signalé, étant un moyen de preuve, il ne peut être déféré dans les cas où la loi rejette la preuve des conventions. D'autres restrictions, ensuite, sont nécessaires pour empêcher des inconvénients qui pourraient résulter de son emploi et prévenir certains abus.

Les plus graves, à cet égard, sont celles qu'on doit apporter à la liberté des parties dans les causes de divorce ou de séparation de corps. Pour les justifier, on se fonde, en général, sur ce fait que le serment décisore est une transaction et qu'il est défendu aux particuliers de transiger relativement à leur état². Mais on peut, sans faire appel au caractère transactionnel du serment décisore, expliquer et comprendre qu'on ne puisse le déférer sur des faits qui fondent une demande en divorce ou en séparation de corps.

1. Bourges, 27 janvier 1845, et Cassation, 22 décembre 1829, Dalloz, *Rép.*, *cod. v.*, 5239.

2. Aubry et Rau, *op. cit.*, § 753 ; Demolombe, XXX, n° 599 ; Laurent, XX, n° 245.

Il est certain que le texte de l'article 1358 est très large ; mais, comme le fait très justement remarquer un arrêt de la cour de Grenoble du 19 juillet 1838¹, « les articles renfermés dans le chapitre VI, titre III, du Code civil, relatif à la preuve des obligations et des paiements et aux diverses manières d'acquérir la propriété, semblent n'avoir été rédigés que pour ce qui concerne les contestations d'intérêts civils et pécuniaires ; qu'admettre l'application de l'article 1358 à des causes de séparation de corps, ce serait admettre que ces causes peuvent être jugées et les séparations prononcées par consentement mutuel. »

Cet arrêt, qui a été rendu à une époque où le divorce avait été supprimé, ne vise que les séparations de corps ; mais les raisons qu'il donne pour exclure la délation du serment des causes de séparation sont aussi valables pour le divorce, rétabli depuis 1884.

Là, en effet, est la vérité : c'est pour empêcher les divorces et les séparations par consentement mutuel que le serment décisoire doit être refusé pour prouver des faits que l'un des époux reproche à l'autre. C'est pour la même raison que l'aveu n'est pas admis, et on n'a jamais prétendu que c'était parce que l'aveu était une transaction, mais bien plutôt parce qu'autoriser l'aveu comme mode de preuve, c'eût été favoriser les divorces et les séparations par consentement mutuel.

1. Grenoble, 19 juillet 1838, D. 39.2.20.

D'ailleurs, l'arrêt que nous venons de rapporter ne fait aucunement allusion à l'idée que le serment décisoire est une transaction, et ce n'est pas pour ce motif qu'il en refuse l'emploi. Il met, au contraire, fort bien en lumière qu'il est un moyen de preuve, et il se fonde uniquement sur ce caractère pour repousser la prestation du serment, qui, dans l'espèce, tendrait non seulement à prouver inutilement des faits qui le sont déjà, mais encore à permettre aux époux de se séparer par consentement mutuel.

On peut très bien supposer, en effet, que deux époux qui veulent cesser la vie en commun s'entendent pour que l'un défère le serment à l'autre sur des faits de pure imagination et que l'autre le prête, comme on peut supposer qu'ils soient de connivence pour que l'un fasse l'aveu des torts que son conjoint lui reproche. Et c'est pour éviter ces collisions et ces ententes frauduleuses que le serment doit être écarté.

En outre, on peut aussi trouver dans le caractère fatal de ce mode de preuve la raison de son rejet dans les hypothèses de divorce ou de séparation de corps. En effet, si l'époux contre lequel le divorce ou la séparation est réclamé demande à son conjoint de jurer que les faits qu'il lui reproche sont fondés, et s'il jure, les juges sont liés et obligés de prononcer la séparation ou le divorce, sans qu'ils puissent se livrer à un examen des faits, même s'ils estiment qu'ils ne sont pas de nature à motiver une séparation ou un divorce. De même, si

l'époux à qui le serment est déferé ne veut pas jurer et s'il le réfère à son conjoint, pour qu'il jure qu'il ne s'est rendu coupable d'aucun tort, et s'il jure, le juge sera obligé de maintenir les deux époux dans la vie commune, même s'il estime que les faits reprochés sont réels, fondés, patents. De toute façon, les magistrats sont liés par ce fait qu'au cas où on a recours au serment décisoire, ils n'ont pas à faire appel à leur intime conviction, ce qui aboutit, en somme, à permettre, si on admet ce mode de preuve, de se passer du juge pour divorcer ou se séparer de corps ¹.

D'ailleurs, la solution que nous donnons pour le divorce et la séparation de corps doit être étendue à toutes les causes relatives à l'état des personnes, par exemple aux séparations de biens, car dans ces hypothèses le juge doit se livrer à un examen personnel, et la solution du litige ne saurait lui être imposée par une délation et une prestation de serment.

B. — *Capacité requise.*

On dit très généralement que pour déferer valablement le serment décisoire, il faut avoir la capacité de disposer, conformément à l'article 2045 du Code civil qui exige pour transiger la capacité de disposer des objets compris dans la transaction ; autrement dit, il

1. Le Senne, *Des moyens de preuve dans l'instance en séparation de corps, France judiciaire*, 1878-1879.

faut avoir la capacité de transiger, et on la rattache à cette idée que le serment décisore est une transaction que concluent le déférant et celui qui jure.

C'est un système logique chez ceux qui donnent au serment décisore une nature transactionnelle ; et pourtant, bien que nous nous refusions à la reconnaître, nous n'hésitons pas à proclamer le même principe et à exiger chez celui qui défère le serment la capacité de transiger. Car nous n'envisageons pas cette capacité comme une conséquence de la nature juridique qu'on reconnaît au serment décisore, mais bien plutôt comme une conséquence de la gravité de l'acte qu'on accomplit, quand on a recours à ce moyen de preuve.

Il n'est guère besoin d'insister sur ce fait que celui qui défère un serment court un grand risque : d'abord il n'use pas des moyens normaux par lesquels on essaie, en général, d'éclairer le juge et de le convaincre ; il accepte ensuite, pour juge, dans une certaine mesure, son adversaire lui-même, puisque de son serment dépend l'issue du débat, et son seul espoir d'avoir gain de cause réside dans le scrupule que pourrait avoir son adversaire d'affirmer sous serment une prétention douteuse en son esprit ¹. La délation du serment est donc un acte d'une gravité exceptionnelle, qui exige une capacité spéciale comme l'est celle qui est requise pour transiger. Le serment décisore n'est pas une transaction, mais c'est un acte grave, et c'est à raison de cette

1. Note de M. Labbé sous un arrêt du 25 mai 1885 (S. 89.2.41).

gravité qu'il faut une capacité spéciale pour le déférer valablement.

D'ailleurs cette idée prend toute sa force, quand on se place dans l'hypothèse où celui qui défère le serment agit, non pas pour lui-même, mais pour le compte et au nom d'autrui. Le degré de gravité de l'acte à accomplir s'accroît encore, car celui pour qui on agit se trouve être à la fois à la merci et de son représentant et de l'autre partie au procès. Dès lors, on comprend d'autant mieux qu'il faille une capacité très spéciale dans cette hypothèse pour empêcher celui qui agit au nom d'autrui de recourir à un mode de preuve qui, tout en le déchargeant du fardeau de prouver, ne produira ses conséquences fâcheuses qu'en la personne de celui qu'il représente.

Par conséquent, de la règle que nous venons de poser il faut conclure : que le tuteur ne pourra déférer le serment décisoire au nom du mineur que s'il s'est préalablement muni de l'autorisation du conseil de famille et de l'homologation du tribunal, après avoir pris l'avis de trois avocats, conformément à l'article 467 du Code civil.

Le fondement que nous avons assigné à la capacité nécessaire pour déférer le serment va nous permettre de solutionner une question que l'on résout diversement. On se demande si le tuteur peut déférer seul le serment décisoire, quand il s'agit d'actes qu'il peut passer sans l'autorisation du conseil de famille, notam-

ment des actes de simple administration, comme, par exemple, un règlement de compte avec un fermier ou une vente de récolte. Il faut répondre que, dans tous les cas, le tuteur devra se munir des formalités exigées par l'article 467, car ce qu'il faut envisager, ce n'est pas l'acte sur lequel porte la délation, mais la délation en elle-même, qui, en raison de sa gravité, nécessite l'accomplissement de ces formalités.

Chez la personne qui reçoit la délation et qui prête serment, la même capacité, la capacité de transiger, est nécessaire, et pour la même raison, car pour elle, comme pour son adversaire, le serment décisoire est un acte grave. M. Labbé, qui reconnaît au serment décisoire une nature transactionnelle, hésite cependant à voir dans ce fait la nécessité d'exiger chez la partie qui jure la capacité de transiger, et il fait appel à des raisons morales pour l'imposer. Ceci est très juste, car, comme il le dit, celui à qui le serment est déféré a une résolution très grave à prendre : jurera-t-il ou bien procédera-t-il à la relation du serment ? En outre, la prestation de serment suppose une appréciation morale des circonstances et cette appréciation exige un plein développement des facultés de l'homme, ou l'état le plus normal où l'homme puisse se trouver relativement à la gestion de ses affaires¹.

Il ne suffit pas que la personne à qui on défère le serment soit capable de transiger ; il faut encore, et

1. Note de M. Labbé précitée.

c'est là une condition essentielle, qu'elle soit partie dans la cause : on ne peut pas déférer le serment à une personne qui ne figure pas au procès en son nom personnel. C'est ainsi qu'on ne peut pas le déférer aux personnes qui n'interviennent dans une instance que pour en assister d'autres, par exemple à un mari qui n'est au procès que pour autoriser sa femme, à un tuteur, aux administrateurs des communes ou des autres établissements publics.

Pourtant, si les personnes qui en représentent une autre ont accompli un fait par elles-mêmes, on peut leur déférer le serment sur ce fait : c'est un administrateur, par exemple, qui a reçu un paiement sans en donner quittance et qui nie l'avoir reçu. La question qu'on se pose alors est celle de savoir si le serment peut être déféré au représentant, alors même qu'il n'aurait été mis en cause qu'en son nom qualifié, et pas en son nom personnel.

Les auteurs donnent à la question une réponse différente. Tandis que les uns, comme Larombière et MM. Aubry et Rau, estiment que le serment ne peut être déféré au représentant que s'il a été mis en cause, non seulement comme tel, mais aussi en son propre nom, auquel cas on peut le lui déférer sur les faits qui lui sont personnels, mais sans que le refus de jurer puisse nuire aux intérêts du représenté, les autres, comme MM. Demolombe et Laurent, pensent que le serment peut être déféré au représentant, sur les faits

qui lui sont personnels, même s'il n'est partie au procès qu'en qualité de représentant, et les effets de cette délation seront opposables au représenté, pourvu qu'il s'agisse d'un fait rentrant dans la limite des pouvoirs du représentant.

La même question se pose pour les représentants d'une personne morale, et on lui donne généralement la même réponse. Cependant M. Michoud propose, pour cette catégorie de personnes qui ne peuvent agir par elles-mêmes, les personnes morales, une solution différente de celles qu'on propose pour les autres incapables¹.

M. Michoud part de cette idée que les différents organes d'une personne morale sont les représentants d'une personne dont la durée ne dépend pas de la vie humaine, et qui peut survivre à chacun d'eux, et que, par conséquent, il est assez facile de vérifier les actes qui ont été accomplis antérieurement au jour où ils commencent à la représenter. Dès lors, on peut parfaitement concevoir qu'on défère le serment à l'organe de la personne morale, non seulement à propos d'actes qu'il a lui-même accomplis, mais à propos d'actes antérieurs, pourvu cependant qu'il puisse en prendre connaissance au moyen des écritures, des comptes, des livres, des registres, et pour expliquer sa pensée, M. Michoud donne comme exemple « qu'on pourra lui

1. Michoud, *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. II, p. 198.

déferer le serment sur la question de savoir si les livres portent trace d'un paiement que lui-même ou son prédécesseur avait qualité pour recevoir, non sur le point de savoir si le prédécesseur a en fait reçu ce paiement », ce dont il peut ne pas avoir connaissance. Ce qui constituerait ici l'exception et ce qui rendrait possible la délation du serment, ce ne serait pas le fait que le représentant a accompli l'acte par lui-même, mais le fait qu'il peut en avoir eu connaissance d'une façon quelconque, à cause précisément de la quasi-perpétuité de la personne morale qui survit à ses organes successifs.

C. — *Le fait doit être personnel à la partie à laquelle le serment est déferé.*

C'est l'article 1359 qui prévoit cette condition, en disposant que le serment « ne peut être déferé que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère ». Le principe posé par cet article n'a pas besoin d'être justifié, car le serment décisoire se résolvant dans une contrainte exercée sur l'adversaire, il faut au moins que le fait qu'on demande de prouver par ce moyen ne soit pas étranger à la personne qui doit jurer. Par conséquent, même si c'est à un héritier, sur un fait personnel au défunt, le serment ainsi déferé n'est pas décisoire ¹, parce qu'on ne peut pas déléguer le serment

1. Cassation, 9 novembre 1846, D. 46.1.348 ; Poitiers, 27 novembre 1850, D. 4851.2.93.

à une personne sur ce qui est le fait d'un autre individu. Mais la condition requise par l'article 1359 est suffisante; le fait doit être personnel, sans qu'il soit besoin de le préciser avec détail; ainsi le serment décisoire peut être déféré par le débiteur actionné en paiement, et qui prétend s'être libéré, sans qu'il ait à indiquer le mode de paiement : « Jurez que je ne vous ai pas payé. »

Le serment décisoire ne peut donc être déféré que sur un fait personnel; il faut, d'autre part, que celui qui reçoit la délation soit partie en cause : ce sont là deux conditions essentielles, dont la réunion, dans certains cas, pourra créer certaines difficultés. On peut supposer, en effet, qu'il s'est produit une transmission de droits d'une personne à une autre, et que le fait sur lequel le serment est déféré est personnel, non pas à la partie en cause, mais à son auteur. En principe, il semblerait que l'adversaire ne pût pas recourir au serment, puisqu'une condition essentielle fait défaut : la personnalité du fait à la personne à laquelle il serait déféré. Il faut cependant se prononcer en sens contraire, et permettre à l'adversaire de mettre en cause le titulaire du droit cédé pour qu'il prête serment. C'est du moins la solution qu'il faut donner, si on se base sur un arrêt de la Cour de Paris du 20 décembre 1889 ¹. Il fait l'application du principe à une com-

1. Paris, 20 décembre 1889, D. 90.2.172, et le jugement du tribu-

pagnie d'assurances contre l'incendie et décide que, bien qu'elle soit subrogée aux droits du propriétaire, elle ne peut s'opposer à ce que le locataire, poursuivi par elle, mette en cause le propriétaire pour que le serment lui soit déféré, sur un fait qui, lui étant personnel, déchargerait le locataire de toute responsabilité.

Ce qu'il faut remarquer, c'est que cette solution, donnée par la Cour de Paris, ne fait échec en rien au principe posé par l'article 1359 ; car, dans l'espèce qui lui était soumise et qu'elle a eu à trancher, il ne s'agissait pas de savoir si le locataire pouvait déférer le serment à la compagnie d'assurances sur un fait personnel au propriétaire, ce qui n'eût pas été possible en vertu de l'article 1359, mais si le locataire avait le droit d'appeler le propriétaire en cause pour lui déférer le serment sur un fait qui lui était personnel. La solution donnée par le tribunal et la cour ne saurait être critiquée : la transmission d'un droit ne peut porter préjudice à un débiteur et le priver d'un moyen de preuve de sa libération, moyen de preuve dont il aurait pu faire usage vis-à-vis de son adversaire, si les choses étaient restées en l'état. C'est, d'ailleurs, cette raison qui a décidé la cour de Paris ¹.

nal de Troyes du 30 janvier 1889, confirmé par la cour de Paris, *cod. loco*.

1. La solution donnée par la cour de Paris n'a rien de spécial à la subrogation : il faut l'étendre à tous autres modes de transmission de droits, comme une vente, un échange, une cession.

Quelle que soit la raison d'être de la disposition de l'article 1359, une exception y est apportée par le « serment de crédulité ». Le serment de crédulité est un serment qu'on défère à certaines personnes sur le point de savoir si elles n'ont pas connaissance d'un fait allégué contre une autre avec laquelle elles ont eu des rapports. Ce serment trouve son application dans deux hypothèses : d'abord, lorsqu'il s'agit des prescriptions abrégées qui sont visées par l'article 2275 du Code civil, le serment peut être déféré par le créancier aux veuves et héritiers, ou aux tuteurs de ces derniers, s'ils sont mineurs, pour qu'ils aient à déclarer s'ils ne savent pas que la chose soit due. Ensuite, aux termes de l'article 189 du Code de commerce, les veuves, héritiers ou ayants cause de prétendus débiteurs de lettres de change et de billets à ordre sont tenus, s'ils en sont requis, d'affirmer sous serment qu'ils estiment de bonne foi qu'il n'est plus rien dû¹.

1. Art. 2275 : « Néanmoins, ceux auxquels ces prescriptions seront opposées peuvent déférer le serment à ceux qui les opposent, sur la question de savoir si la chose a été réellement payée. Le serment pourra être déféré aux veuves et héritiers, ou aux tuteurs de ces derniers, s'ils sont mineurs, pour qu'ils aient à déclarer s'ils ne savent pas que la chose soit due. »

Art. 189 : « Toutes actions relatives aux lettres de change, et à ceux des billets à ordre souscrits par des négociants, marchands ou banquiers, ou pour faits de commerce, se prescrivent par cinq ans, à compter du jour du protêt, ou de la dernière poursuite juridique, s'il n'y a eu condamnation, ou si la dette n'a été reconnue par acte séparé. Néanmoins, les prétendus débiteurs seront tenus,

L'exception consiste ici en ce que les veuves, héritiers et tuteurs ont à jurer sur un fait qui ne leur est pas personnel ; mais ils prêtent serment dans une formule spéciale : ils jurent qu'ils ne « savent pas » que tel fait s'est produit.

Bien que les dispositions des articles 2275 et 189 aient un caractère exceptionnel, on décide généralement qu'en ce qui concerne les veuves et héritiers des personnes décédées, elles ne sont pas limitatives, de sorte que le serment peut être déféré à ces personnes, non seulement dans les cas prévus par ces articles, mais dans toute espèce de contestation ¹. Cette solution peut se justifier par ce fait que les veuves et héritiers ont eu des rapports intimes avec le défunt et qu'il peut ne pas leur être difficile de connaître l'état de ses affaires. Le tuteur, au contraire, est peut-être un étranger, et le serment de crédulité ne saurait lui être déféré en dehors du cas où il oppose une courte prescription ². Mais, en tout cas, pour que le serment de crédulité puisse être valablement déféré, il faut

s'ils en sont requis, d'affirmer sous serment qu'ils ne sont plus redevables, et leurs veuves, héritiers ou ayants cause, qu'ils estiment de bonne foi qu'il n'est plus rien dû. »

1. Cf. Marcadé, Aubry et Rau, Demolombe. On peut aussi citer en ce sens le rapport au Tribunat qui s'exprime d'une façon très générale : « Des héritiers ne peuvent être tenus d'affirmer qu'il était dû ou qu'il n'était pas dû à leur auteur ; seulement, ils seraient tenus d'accepter le serment sur ce qui peut être parvenu à leur connaissance. »

2. Colmar, 23 août 1859, D. 59.2.493 ; Cassation, 14 novembre 1860, D. 61.4.338.

qu'il s'agisse d'un tuteur, d'une veuve ou d'un héritier ; à toute autre personne le serment de crédulité ne saurait être déféré ¹.

Le serment de crédulité nous amène à dire quelques mots de la première disposition de l'article 2275, dont l'examen trouverait peut-être plus logiquement sa place dans une étude sur la prescription, mais qu'il nous paraît difficile de passer sous silence à cause de son caractère exceptionnel.

En effet, le Code civil envisage la prescription comme un moyen d'acquérir la propriété ou de se libérer d'une obligation, et si on a pu la comparer à une vente ou à un paiement, c'est pour montrer qu'elle doit avoir, comme eux, un résultat absolu. Or le créancier, dans certains cas spéciaux, dans les hypothèses des courtes prescriptions prévues par les articles 2271, 2272 et 2273, va pouvoir faire perdre son efficacité à la prescription, en déférant le serment au défendeur qui la lui oppose, pour qu'il ait à jurer que la dette a été payée.

En dehors des inconvénients que présente, en géné-

1. Cassation, 17 juillet 1876, D. 77.1.276. — Il faut ajouter que le serment de crédulité ne peut être reçu que dans les contestations où le serment décisoire serait admis lui-même. De plus, le serment de crédulité ne peut être déféré aux personnes en question que sur la connaissance qu'elles peuvent avoir du fait imputé à leur auteur, et non sur la croyance qu'elles peuvent en avoir. On ne pourrait pas, par exemple, leur déférer le serment sur le point de savoir si elles ne « croient pas » que leur auteur ait fait telle chose. (Colmar, 31 décembre 1844, Dalloz, *Répert.*, *eod.* v°, 5222.)

ral, le serment décisoire, il a enøore ici celui d'apporter une restriction remarquable aux effets ordinaires de la prescription et de placer le débiteur, s'il est honnête homme, dans un état d'hésitation certaine, car il s'agira de dettes assez minimes, qui n'ont pu laisser aucune trace dans son esprit, et assez anciennes pour qu'il n'en ait gardé aucun souvenir¹.

Ce qui peut, dans une certaine mesure, justifier la disposition de l'article 2275, c'est qu'elle a toujours été dans la tradition du droit français, et que les prescriptions auxquelles il fait allusion ont toujours été regardées plutôt comme des présomptions de paiement que comme de véritables prescriptions.

D. — *Alternative où se trouve placée la partie à laquelle le serment est déféré.*

L'article 1361 met la partie à laquelle le serment est déféré dans une alternative : si elle veut triompher, elle doit jurer ; ou bien, si elle ne veut pas jurer, il

1. Jourdan, *La prescription d'après le Code civil allemand*, thèse, Aix, 1906, p. 130 et suivantes : « Le Code allemand, dit M. Jourdan, ne contient pas de disposition qui écarte expressément le serment décisoire en matière de prescription, mais il ne le réserve pas non plus. Dans son silence, le doute n'est pas possible, et l'on ne saurait, à sa faveur, introduire en cette matière une règle aussi contraire à la morale qu'à tous les principes de cette institution. Les effets des courtes prescriptions sont donc plus absolus dans le Code de 1900 que dans celui de 1804. Elles valent libération complète, tout comme la prescription trentenaire. »

lui faut référer le serment à son adversaire ; si elle ne fait ni l'un ni l'autre, elle perd son procès. « Celui auquel le serment est déféré, qui le refuse ou ne consent pas à le référer à son adversaire, ou l'adversaire à qui il a été référé et qui le refuse, doit succomber dans sa demande ou dans son exception. » Cette disposition est formelle et absolue : la partie doit jurer ou référer le serment ; et elle ne pourrait pas prétendre qu'elle veut recourir à d'autres preuves pour démontrer son droit. Cette solution est, en somme, très rigoureuse, car une personne, comme on l'a fait remarquer, peut être assez convaincue de l'existence de son droit pour plaider, sans pourtant en être assez assurée pour prêter serment, si elle est scrupuleuse, et alors elle va se trouver dans l'obligation ou bien de faire un serment que sa conscience réprouve, ou de s'abandonner à la merci de son adversaire, qui, moins délicat peut-être et moins scrupuleux, n'hésitera pas à jurer. En définitive, c'est une véritable pression exercée par l'une des parties sur l'autre, et c'est pour cela qu'on ne peut attribuer au serment décisive une nature contractuelle.

Quoi qu'il en soit, cette rigueur n'en existe pas moins, et la partie doit ou jurer ou référer le serment, sous peine de perdre son procès.

Elle peut d'abord faire une relation du serment, c'est-à-dire demander à la partie qui le lui a déféré, de jurer elle-même. Pierre a dit à Paul : « Jurez que

je ne vous ai pas prêté 10.000 francs. » A son tour, Paul dit à Pierre : « Jurez que vous m'avez prêté 10.000 francs. » Il réfère le serment. La partie à laquelle le serment est référé est dans l'obligation de jurer, sous peine de perdre son procès, conformément à l'article 1361, et sans qu'elle ait la faculté de s'en décharger, parce que la preuve a repris sa situation normale.

Mais, cette faculté de référer le serment ne sera pas toujours accordée, car aux termes de l'article 1362 « le serment ne peut être référé quand le fait qui en est l'objet n'est point celui des deux parties, mais est purement personnel à celui auquel le serment avait été déféré ». Dès lors, si cette condition ne se rencontre pas, la partie qui a reçu la délation n'a qu'à jurer : la contrainte exercée sur elle par son adversaire est de ce fait encore augmentée et sa liberté diminuée.

L'autre branche de l'alternative pour la partie à laquelle le serment a été déféré, c'est de jurer, et la même obligation incombe à celle qui a reçu la relation du serment. En soi, ce principe ne soulève aucune difficulté ; mais on peut se demander avec intérêt dans quel cas il sera possible de dire que la partie qui devait jurer a réellement juré ; ou, en d'autres termes, quand se trouvera-t-on dans l'hypothèse prévue par l'article 1361 et pourra-t-on dire qu'elle a refusé de prêter serment ?

Un point, d'abord, est incontestable et ne saurait

faire naître le doute : c'est qu'en principe le serment ne peut être, en droit, considéré comme prêté par la partie qu'autant qu'elle a répondu à la délation de son adversaire par une assertion formelle, qu'elle a, sous serment, affirmé que le fait qui en est l'objet s'est ou ne s'est pas produit. « Jurez que je ne vous ai pas prêté 10.000 francs. » « Je jure que vous ne me les avez pas prêtés. » « Jurez que je ne vous ai pas payé ce que je vous devais. » « Je jure que vous ne me l'avez pas payé. »

Mais si, au lieu d'une réponse formelle, catégorique, contre-partie exacte de la demande, la partie jure ou prétend qu'elle ignore ou qu'elle ne se rappelle pas le fait sur lequel la délation est intervenue, quelle solution doit-on donner ? La partie a-t-elle prêté serment, ou bien l'a-t-elle refusé, et doit-elle, en conséquence, conformément à l'article 1361, succomber dans sa demande ou dans son exception ?

La jurisprudence a eu à se prononcer sur la question, et elle l'a diversement résolue. C'est ainsi qu'un arrêt de la cour de Besançon ¹ a décidé que si la partie se bornait à jurer qu'elle ne se rappelle pas les faits sur lesquels on lui a déféré le serment, cette réponse équivalait à une dénégation formelle, et que c'était l'adversaire qui devait perdre son procès : « Jurez que je ne vous ai pas prêté 10.000 francs. » « Je jure

1. Besançon, 1^{er} février 1856, D. 56.2.86.

que je ne me rappelle pas que vous me lesayez prêtés. » La cour a jugé qu'en répondant ainsi, la partie niait le prêt, et que c'était le prétendu prêteur qui devait succomber.

Ce qui semble avoir poussé la cour à donner cette solution, c'est que la délation du serment a pour but de remplacer le défaut de preuve, et que, par conséquent, si l'adversaire jure qu'il ne se rappelle pas, la preuve qui manquait n'est pas faite et que le déférant ne saurait s'appuyer sur cette réponse pour dire que sa prétention est démontrée. De plus, pour la cour, si la réponse telle qu'elle a été faite n'équivalait pas à une dénégation, le serment ne pourrait être décisive, car celui qui avait à prouver sa prétention et qui a déferé le serment pourrait avoir recours à d'autres moyens pour trancher le procès, ce qui serait contraire à la définition du serment décisive, donnée par l'article 1357.

Cette solution ne saurait être acceptée, car la cour de Besançon a oublié que la partie à laquelle le serment est déferé ne peut que le prêter ou le référer : si elle ne fait ni l'un ni l'autre, elle doit être considérée comme ayant refusé le serment et elle doit succomber. Le serment est, il est vrai, un déplacement de la preuve et la cour semble bien le reconnaître ; mais c'est précisément pour cela que celui qui a reçu la délation du serment doit prouver que le fait allégué existe ou n'existe pas, et il doit le prouver, en jurant : s'il ne jure pas, il ne prouve pas, et il doit succomber, et ce n'est

pas prouver que de dire qu'on ne se rappelle pas.

Il nous paraît donc plus exact de dire que celui qui se borne à affirmer qu'il ne se rappelle pas le fait, refuse, en réalité, de prêter serment, et qu'il doit perdre son procès. C'est, d'ailleurs, à cette solution que se rallie généralement la jurisprudence ¹. La cour de Besançon, en 1862, statuait en sens contraire de l'arrêt de 1856 et décidait que « la partie à qui le serment a été déféré doit le prêter sans réticence ni tergiversation ou le référer immédiatement ; et qu'une réponse vague, équivoque, incomplète, ne renfermant ni affirmation ni dénégation, et basée sur un défaut de mémoire, équivaut à un refus de serment, et que cette partie doit succomber dans sa prétention ². »

Certains auteurs proposent une autre solution qui part d'une distinction. Les tribunaux, d'après cette doctrine, auraient un certain pouvoir d'appréciation et

1. Bruxelles, 22 février 1849, Dalloz, *Rép.*, *cod. vº*, 5251 ; Dijon, 27 octobre 1893, D. 94.2.99 : « Attendu que la partie à laquelle le serment a été déféré est tenue de le prêter dans les termes dans lesquels il lui a été imposé ; attendu qu'elle ne peut se soustraire à cette obligation qu'en référant le serment à la partie opposée ; attendu que si elle se borne, au lieu de prêter le serment déféré, à affirmer qu'elle ne se rappelle pas les faits litigieux, elle ne satisfait nullement aux prescriptions légales ; attendu qu'une telle déclaration équivaut à un refus de serment. »

2. Besançon, 1^{er} avril 1862, D. 62.2.87-88. — Lorsqu'il s'agit d'un serment de crédulité, il est certain que, la délation du serment se bornant à demander si le fait qu'elle a pour objet est à la connaissance de celui auquel elle s'adresse, celui-ci fait une prestation régulière en déclarant que ce fait n'est pas à sa connaissance ou qu'il n'en a conservé aucun souvenir.

pourraient ou bien considérer la réponse faite comme un refus de serment, si elle ne leur paraît pas sincère, ou bien comme un serment sans effet, comme non prêté dans les termes où il a été déféré, si la sincérité leur en paraît résulter clairement soit des faits, soit de la confiance que leur a inspirée la personne qui a juré : la réponse de la partie n'est alors qu'une simple déclaration qui viendra se joindre aux autres éléments de preuve que la cause présente et qui sera appréciée par les juges. Un arrêt de la Cour de cassation a sanctionné cette manière de voir ¹.

Cette distinction ne nous paraît pas comme devant être acceptée, et en présence des termes formels de l'article 1361, nous préférons la solution rigoureuse que nous avons proposée ²

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, § 753 ; Laurent, XX, n° 269 ; Cassation, 9 juin 1863, D. 63.1.468.

2. Nous rappelons que la jurisprudence, se fondant sur la nature transactionnelle du serment décisive, décide que la partie qui jure doit le faire dans les termes mêmes dans lesquels la délation a eu lieu, et qu'une modification qui y serait apportée pourrait être considérée comme un refus de serment. Cf. chapitre III.

CHAPITRE V

FORCE PROBANTE DU SERMENT DÉCISOIRE

Parler de la force probante du serment décisoire, ce n'est pas seulement faire allusion à ce fait qu'une fois prêté, il fait preuve au profit de celui qui a juré, ou contre lui, s'il n'a pas répondu à la délation de son adversaire ; mais c'est aussi et surtout envisager cette conséquence, qu'une fois prêté, on ne peut pas l'attaquer ; et c'est pourquoi on la compare à la force attachée à un jugement et on proclame, avec raison, qu'elle s'impose encore davantage, puisqu'à l'aide de l'une quelconque des voies de recours, on peut espérer anéantir l'effet d'un jugement. Cette force probante, les jurisconsultes romains l'avaient déjà remarquée et mise en lumière, quand ils disaient, en parlant du serment décisoire : *Majoremque habet auctoritatem quam res judicata* : l'autorité du serment décisoire est plus forte, plus inébranlable encore que celle de la chose jugée.

Le principe de la force probante attachée au serment décisoire n'est donc pas un principe nouveau, et quand le Code dispose, dans l'article 1363, que « lorsque le

serment déferé ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté », il ne fait que répéter, sous une autre forme, la règle posée par la législation romaine. On peut donc dire que le serment a toujours été la plus forte des preuves; mais il l'est aujourd'hui à un degré très élevé, et c'est en cela que réside l'intérêt d'étudier le serment décisoire à ce point de vue.

Il est vrai que l'étendue de cette force probante ne se manifeste pas par elle-même au premier abord; et tout ce qui résulte de l'article 1363, c'est que la partie ne peut prouver la fausseté d'un serment prêté par son adversaire. Mais si, au lieu de se borner à l'examen des textes, on cherche à se rendre compte comment la jurisprudence les interprète, surtout l'article 366 du Code pénal, l'étendue de la force probante attachée au serment décisoire apparaît alors nettement.

Car si l'article 1363 prohibe toute action dirigée contre la prestation du serment et destinée à en prouver la fausseté, cette disposition ne concerne que les intérêts privés, et on trouve, dans le Code pénal, une autre disposition, l'article 366, qui, en prévoyant certaines peines applicables à celui qui s'est rendu coupable de parjure, donne par là même à la société, représentée par le ministère public, le droit d'agir de façon à en assurer l'application.

Le faux serment, en effet, est un délit, et le droit de poursuite qui appartient au ministère public est certain

et incontestable¹. Il semble que ce soit là un correctif assez puissant apporté par la loi à la force probante du serment décisoire, puisque si le principal intéressé ne peut de lui-même s'attaquer à son adversaire qui a fait un faux serment, le ministère public peut le poursuivre pour que lui soient infligées les peines édictées par l'article 366 ; la conséquence devrait en être qu'après la condamnation, le serment prêté perd toute sa force et sa valeur. Mais, en réalité, à aucun de ces points de vue, le serment décisoire ne subit d'atteinte grave.

En effet, de la façon dont la jurisprudence permet au ministère public d'intenter des poursuites, le correctif apporté à l'autorité du serment décisoire est bien incomplet. Car, après quelques hésitations, la Cour de cassation paraît aujourd'hui définitivement fixée en ce

1. Le faux serment en matière civile a d'abord été puni de la dégradation civique. Le législateur de 1863, qui venait de réduire à de simples peines correctionnelles les peines criminelles infligées par le Code de 1810 au faux témoignage en matière correctionnelle ou de police et en matière civile, a dû pareillement correctionnaliser le crime de faux serment en matière civile, et le nouvel article 366 a été ainsi rédigé par la loi du 13 mai 1863 : « Celui à qui le serment aura été déféré ou référé en matière civile, et qui aura fait un faux serment, sera puni d'un emprisonnement d'une année au moins et de cinq ans au plus, et d'une amende de 100 à 3.000 fr. Il pourra, en outre, être privé des droits mentionnés en l'article 42 du présent Code pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, à compter du jour où il aura subi sa peine, et être placé sous la surveillance de la haute police pendant le même nombre d'années. » — L'article 42 donne aux tribunaux le pouvoir d'interdire l'exercice des droits civils, civils et de famille (le droit de vote, le droit d'éligibilité, le droit d'être juré, tuteur, curateur, etc.).

sens que le ministère public ne peut pas, dans l'intérêt de la société pour laquelle il agit, prouver par témoins la fausseté d'un serment prêté au civil quand il est relatif à une convention qui dépasse 150 francs ¹. Pour arriver à ce résultat, il faut, d'après la même jurisprudence, qu'il puisse s'appuyer sur un commencement de preuve par écrit, ce qui est rare et empêche même, dans la plupart des cas, son droit de poursuite, car celui qui a fait un faux serment n'aura pas l'imprudence de donner une preuve écrite de la convention à propos de laquelle le serment est intervenu. Il est vrai que la jurisprudence est assez large pour qualifier un acte de commencement de preuve par écrit, et elle reconnaît, par exemple, ce caractère à un interrogatoire sur faits et articles ou même à un interrogatoire devant le juge d'instruction. Cependant, malgré cette interprétation très libérale, les poursuites du ministère public ne pourront que très difficilement aboutir, car le prévenu aura bien soin de ne pas dire dans son interrogatoire quelque chose qui soit contraire à ce qu'il aura précédemment déclaré au civil.

D'ailleurs, même à supposer que, malgré ces difficultés, le ministère public obtienne une condamnation contre celui qui a fait un faux serment, il n'en reste pas moins que le serment garde sa force entre les parties

1. Cassation, 13 novembre 1847, D. 47.1.375 ; Cassation, 29 mars 1845, D. 45.1.241 ; Cassation, 17 juin 1852, D. 52.5.504 ; Cassation, 22 mars 1878, D. 78.1.442. — Voir aussi Metz, 3 octobre 1866, D. 66.2.223.

et que celle qui a juré, fût-elle convaincue de parjure, est toujours considérée comme ayant gagné son procès ; car, suivant l'opinion dominante, le serment, même après une condamnation pour faux serment, conserve tous ses effets civils, et on ne peut opposer l'exception de dol, en tant que le dol allégué aurait sa source et son fondement dans la prestation même ¹. La partie qui a été victime d'un faux serment ne peut le faire rétracter que si elle prouve qu'elle a été amenée à le déférer sous l'empire du dol, de l'erreur ou de la violence causée par son adversaire ², et ceux qui émettent cette opinion se fondent, pour la justifier, sur ce fait que le serment décisoire se résout en une transaction, dont les effets ne peuvent être anéantis que dans les hypothèses où on peut, en vertu des principes généraux, s'attaquer à une convention ordinaire.

Enfin on reconnaît généralement, dans la jurisprudence comme dans la doctrine, que la partie lésée par un faux serment ne peut pas, même après la condamnation de son adversaire, introduire une demande en dommages-intérêts pour réparation du préjudice que lui a causé le faux serment, pas plus qu'elle ne peut, d'elle-même, poursuivre son adversaire devant le tribunal correctionnel, ou se joindre, en qualité de partie civile, aux poursuites dirigées par le ministère public ³.

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, § 753 ; Demolombe, XXX, n° 664 ; Laurent, XX, n° 274.

2. Riom, 11 décembre 1885, D. 85.2.199.

3. Cassation, 21 août 1834, Dalloz, *Répert.*, *eod. v.*, 5376 ; Paris,

Pour donner ces solutions, les auteurs et les décisions de jurisprudence sont préoccupés par cette idée que le serment décisoire est une convention. Mais, s'il est faux et contraire aux principes juridiques d'attribuer à ce moyen de preuve un caractère conventionnel, il n'est pas moins illogique et irrationnel de refuser à la partie qui a été victime d'un faux serment le droit de se joindre aux poursuites du ministère public, en qualité de partie civile, ou d'introduire une demande en dommages-intérêts pour réparation du préjudice qui lui a été causé quand la société a obtenu satisfaction.

En effet, si on peut soutenir que la société est satisfaite quand l'action engagée par le ministère public aboutit à une condamnation, on ne peut pas en dire autant en ce qui concerne la victime du faux serment ; et pourtant, c'est à elle, encore plus qu'à la société, que le préjudice a été causé, et c'est elle qui est, avant tout, intéressée à en obtenir réparation.

D'ailleurs, on ne comprend pas pourquoi on fait une si grande différence entre le cas que nous envisageons et les hypothèses ordinaires où le ministère public agit ; on ne saisit pas pourquoi on refuse à la partie victime d'un faux serment une réparation qu'en général elle peut obtenir, en se fondant sur un jugement criminel ou correctionnel, quand elle a attendu, ce qui n'est pas très rare, que le ministère public ait ter-

18 février 1890, Dalloz, *Répert., Suppl.*, v^o *Oblig.*, 2239 ; Cassation, 5 juillet 1861, D. 63.5.12 ; Rethel, 25 janvier 1905, D. 05.2 309.

miné ses poursuites et fait condamner le délinquant.

Qu'on ne permette pas à la partie lésée d'agir de son propre mouvement pour poursuivre son adversaire, c'est une mesure de sagesse et de prudence, car trop de plaideurs seraient portés à arguer de faux le serment prêté, quand il a servi à trancher le procès ; mais il n'y aurait, semble-t-il, aucun inconvénient à l'autoriser à agir à la suite du ministère public ou concurremment avec lui.

Le système de l'article 1363, avec l'interprétation qui lui est donnée, est d'autant plus illogique qu'il est permis, comme on l'a remarqué, de faire rétracter un jugement rendu sur des pièces fausses, ou bien quand l'une des parties a retenu une pièce décisive au détriment de l'autre, en vertu des §§ 9 et 10 de l'article 480 du Code de procédure ¹, alors que ces faits, qui donnent ouverture à la requête civile, ne sont pas des faits délictueux, comme l'est la prestation d'un faux serment. Il semblerait rationnel qu'*a fortiori*, la partie pût ici agir, puisqu'on est en présence d'un délit ; et pourtant, ce droit ne lui est pas accordé.

On objecte parfois que la partie victime du faux serment n'a qu'à s'en prendre à elle-même du préjudice qui lui a été causé, sous prétexte qu'elle a eu tort de s'en remettre, pour trancher le procès, à la parole de

1. Art. 480 : « Les jugements contradictoires rendus en dernier ressort par les tribunaux de première instance et d'appel, et les jugements par défaut rendus aussi en dernier ressort, et qui ne sont plus susceptibles d'opposition, pourront être rétractés, sur la

son adversaire. Cette objection mérite à peine qu'on s'y arrête, car les moyens que la loi a prévus et réglementés sont établis pour qu'on en fasse usage ; ils peuvent assurément présenter un danger certain, mais c'est à la loi à le prévoir et à faire en sorte qu'il soit atténué dans la mesure du possible ; et, quand on se fonde sur cette raison pour refuser à la victime du parjure toute possibilité d'agir, c'est comme si on n'accordait pas le droit à celui qui a été victime d'un abus de confiance de poursuivre le délinquant, sous prétexte qu'il n'aurait pas dû se fier à lui et lui remettre l'objet qu'il a détourné ¹.

Quand on voit les résultats fâcheux qui sont la conséquence de l'interprétation donnée aux articles 1363 du Code civil et 366 du Code pénal, on ne peut faire autrement que d'approuver la jurisprudence, quand elle se reconnaît un large pouvoir de contrôle pour admettre ou rejeter le serment décisoire. On ne peut pas dire qu'elle se le soit donné pour contre-balancer les effets de l'article 1363 ; mais ce qui est certain, c'est qu'elle aboutit à un résultat qu'on ne saurait méconnaître,

requête de ceux qui y auront été parties ou dûment appelés, pour les causes ci-après :

« 9° Si l'on a jugé sur pièces reconnues ou déclarées fausses depuis le jugement ;

« 10° Si, depuis le jugement, il a été recouvré des pièces décisives, et qui avaient été retenues par le fait de la partie. »

1. M. Planiol, note sous jugement de Rethel précité, du 25 janvier 1905, D. 1905.2.309.

puisqu'en restreignant, dans une large mesure, la liberté des parties et en n'acceptant pas un serment décisoire par cela seul qu'il a été valablement déféré, elle oppose une barrière à la prestation du serment, à l'éventualité possible d'un parjure et à l'impunité, presque absolue, qui le suit ; car si la partie lésée ne peut agir de quelque façon que ce soit, il ne faut pas oublier que l'action du ministère public est, aussi, gravement entravée. Dès lors, on voit à quelle illusion on se laisse aller, quand, pour refuser à la partie lésée toute possibilité d'agir, on dit qu'il est suffisant que la société obtienne réparation, puisque, dans la majorité des cas, cette réparation ne lui sera pas accordée. C'est une raison de plus pour justifier le pouvoir appréciateur des tribunaux en matière de serment décisoire.

Ces observations, d'ailleurs, ont déjà été faites ; et, pour les résumer, nous ne pouvons mieux faire que de reproduire la conclusion que donne M. Giraud sur ce point : « L'interprétation donnée à l'article 1360 du Code Napoléon, dit-il, est la conséquence forcée de l'interprétation donnée à l'article 366 du Code pénal, combiné avec les articles 1341 et 1347 du Code Napoléon. En législation comme en toutes choses, il faut toujours que l'équilibre s'établisse. Si vous désarmez le juge au criminel, vous devez étendre ses pouvoirs au civil ; si vous le mettez dans l'impuissance de réprimer, il faut nécessairement lui accorder la faculté de prévenir. Voici comment les décisions de la jurisprudence

sur des points qui ne paraissent pas tout à fait identiques sont cependant unies entre elles par une rationnelle et étroite concordance¹. »

1. Giraud, *Revue critique de jurisprudence*, 1864, p. 268.

TROISIÈME PARTIE

LE SERMENT DÉCISOIRE EN ALLEMAGNE, EN ITALIE ET EN AUTRICHE

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS

A. — *Allemagne.*

Quand on les compare à celles du Code civil français, on est frappé de l'abondance des dispositions qui règlent, en Allemagne, la matière du serment, et des détails qu'elles donnent ; alors qu'en France, douze articles suffisent à le régler (art. 1358 à 1370 du Code civil), on en trouve quarante en Allemagne (§§ 445 à 485 du Code de procédure). De plus, la théorie générale des preuves étant tout entière, dans le droit allemand, contenue dans le Code de procédure, il faut signaler encore que c'est également dans le même Code que sont insérés les articles qui gouvernent le serment, de sorte qu'ils ne

se bornent pas à parler de la procédure du serment, mais qu'ils statuent sur le serment lui-même ; en France, il en est autrement : toutes les règles relatives à la preuve par serment ont été placées dans le Code civil ; le Code de procédure ne contient que les formes du serment.

En Allemagne comme en France, le serment décisoire ne peut porter que sur un fait, et sur un fait personnel à l'adversaire, ou bien sur un fait dont il a acquis la connaissance personnelle, conformément au § 445, qui dispose que « le serment ne peut être déféré que sur des faits personnels à l'adversaire, à ses auteurs ou représentants, ou dont ces personnes ont acquis la connaissance personnelle ¹ ». La relation du serment doit obéir au même principe et se conformer à la même règle, en vertu du § 448, qui décide que « le serment ne peut être référé que sous les conditions prescrites par le § 445 pour sa délation ».

Il faut, de plus, que le serment soit détéré ou référé à la partie elle-même et non à un tiers (§ 449). Mais il convient d'ajouter que si les parties sont d'accord sur le serment à prêter, et si ce serment porte sur des faits, le tribunal peut décider que les restrictions contenues aux §§ 445, 448 et 449 sur la faculté de déférer ou de référer le serment ne seront pas appliquées (§ 450) : la condition essentielle, et dont on ne peut faire

1. Les paragraphes auxquels nous renvoyons sont ceux de l'édition du Code de procédure de 1898.

abstraction, est donc que le serment porte sur un fait.

Quand on a recours à la preuve par serment, il faut procéder à une délation, et cette délation consiste dans une déclaration faite par le déférant à son adversaire, au sujet de tel ou tel fait qu'il précise, et qu'il demande à celui-ci d'établir par son serment.

De son côté, la partie qui reçoit la délation de serment doit déclarer si elle l'accepte ou si elle le réfère, quand bien même elle soulèverait des objections à propos de la délation. La sanction de cette obligation est, d'ailleurs, fort rigoureuse, car, d'après le § 452, si la partie ne fait pas cette déclaration ou si elle réfère le serment dans un cas où il ne peut être référé, sans l'avoir accepté conditionnellement, le serment est censé refusé. Mais il faut ajouter, pour atténuer cette rigueur, que le serment déferé n'est censé refusé pour défaut de déclaration que si la partie a été mise en demeure par le tribunal de s'expliquer sur ce serment (§ 455). Cependant, dans l'hypothèse d'une relation de serment à la partie qui « poursuit la preuve », celle-ci est considérée comme l'ayant accepté, même sans qu'elle ait fait, à ce sujet, de déclaration expresse, car on estime que la partie qui a déferé le serment doit, pour le cas où il lui serait référé, être prête à jurer¹.

D'ailleurs, la partie qui défère, qui accepte ou qui réfère le serment n'est pas empêchée de proposer

1. Weismann, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes*, § 45, p. 168.

d'autres moyens de preuve, et si cette éventualité se produit, on considère que le serment n'est déféré que pour le cas où ces autres moyens de preuve échoueraient (§ 453). Dans cette hypothèse, la partie à laquelle le serment a été déféré n'est tenue de faire la déclaration qui lui est imposée que lorsque la délation a été renouvelée après que tous les autres moyens de preuve ont été régulièrement épuisés (§ 454) ¹.

Quand le serment porte sur un fait personnel à la partie qui doit le prêter, ou sur un fait qui est à sa connaissance personnelle, elle doit jurer que le fait est vrai ou qu'il n'est pas vrai : *dass die Thatsache wahr oder nicht wahr sei*.

Mais le § 459 ajoute immédiatement que « lorsqu'un fait de cette nature a été articulé par l'adversaire de celui qui doit prêter le serment, et que les circonstances de la cause ne permettent pas d'astreindre ce dernier à jurer que le fait est vrai ou qu'il n'est pas vrai, le tribunal peut, sur les conclusions de la partie, ordonner que le serment sera prêté dans la forme suivante : qu'après vérification et recherches scrupuleuses, la partie qui doit prêter le serment a acquis la conviction que le fait est vrai ou qu'il n'est pas vrai. » *Dass der Schwurpflichtige nach sorgfältiger Prüfung und Erkun-*

1. Les §§ 453 et 454 font allusion à une délation subsidiaire du serment décisoire, c'est-à-dire qu'il n'est déféré que pour le cas où la partie qui indique d'autres moyens de preuve ne parviendrait pas à établir, par ces moyens, l'existence de son droit. — Nous retrouverons cette question, plus en détail, dans le chapitre suivant.

digung die Ueberzeugung erlangt habe, dass die Thatsache wahr oder nicht wahr sei.

La prestation de serment doit être ordonnée par un jugement conditionnel sur le fond, et la prestation n'a lieu qu'après que le jugement a acquis force de chose jugée. A cette règle posée par le § 460, le § suivant vient apporter une exception, en déclarant que « si les parties sont d'accord sur l'admissibilité et la teneur du serment, ou si le serment a pour but de terminer un incident, la prestation de serment peut être ordonnée par une décision aux fins de preuve (*durch Beweisbeschluss*).

Le jugement conditionnel énonce la teneur du serment et les conséquences attachées à la prestation ou à la non-prestation de ce serment, avec « toute la précision que comporte l'état de l'affaire ». Puis un jugement définitif indique quelle est celle de ces conséquences qui s'est ensuite réalisée (§ 462).

Le § 463 dispose que « le serment prêté fait preuve complète du fait qui en a été l'objet », et il ajoute, ce qui est intéressant à noter en opposition à l'article 1363 du Code civil français, d'après lequel on n'est jamais admis à prouver la fausseté du serment décisoire, que « la preuve contraire n'est admise que dans les mêmes conditions où un jugement ayant acquis force de chose jugée peut être attaqué pour violation de la foi du serment ».

Dans le même ordre d'idées, et en vertu du § 470,

le serment référé ou déféré, qui a été imposé par un jugement conditionnel, peut être rétracté, même après que ce jugement a acquis l'autorité de la chose jugée, si la partie qui doit le prêter est condamnée par un jugement ayant acquis force de chose jugée, pour avoir sciemment violé la foi du serment, ou s'il est vraisemblable que la partie adverse n'a eu connaissance d'une semblable condamnation qu'après avoir déféré ou référé le serment.

Il faut encore signaler les deux dispositions des §§ 464 et 465, qui déclarent, le premier, que la renonciation au serment de la part de la partie adverse produit le même effet que la prestation du serment, et que le refus de prêter serment a pour conséquence de faire considérer comme démontré le contraire du fait qui devait en être l'objet ; le second, que si celui qui devait prêter serment ne comparaît pas au jour fixé pour sa prestation, il doit être rendu, sur les conclusions de l'autre partie, un jugement par défaut déclarant qu'il y a lieu de considérer le serment comme refusé.

Lorsqu'une partie est privée de la capacité d'ester en justice, le serment ne peut être déféré ou référé qu'à son représentant légal, et encore ne peut-il l'être que dans l'hypothèse où ce serment serait obligatoire pour la partie représentée, si elle y procédait elle-même, ou pour son représentant, s'il était lui-même partie au procès.

Lorsqu'il s'agit de mineurs qui ont dépassé leur

seizième année, ou de prodiges, le serment peut leur être déféré, quand le tribunal déclare qu'on peut y recourir, et encore ne peut-il l'être que sur des faits qui leur sont personnels, ou qui sont à leur connaissance personnelle (§ 473) ¹.

Quant aux règles qui sont édictées sur la procédure relative à la prestation du serment, il faut signaler les suivantes. Le serment, d'abord, doit être prêté en personne par celui à qui il est imposé (§ 478). Quand celui qui doit prêter serment est empêché de comparaître devant le tribunal qui est saisi du procès, ou bien lorsqu'il réside à une grande distance du lieu où il siège, le tribunal peut ordonner que le serment sera prêté devant l'un de ses membres ou devant un autre tribunal (§ 479).

De plus, avant la prestation du serment, le juge doit, « en termes appropriés aux circonstances », rappeler l'importance de cet acte à celui qui va l'accomplir. Le serment débute par ces mots : « Je jure devant Dieu tout-puissant, qui sait tout » (*Ich schwöre bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden*), et il se termine en ces termes : « Que Dieu me soit en aide ! » (*So wahr mir Gott helfe !*)

Celui qui prête serment doit répéter ou lire la formule qui contient la teneur du serment, en levant la main droite ; si la teneur du serment présente une cer-

1. Voir sur tous ces points Weismann, *op. cit.*, p. 168 et suiv.

taine étendue, il suffit de la lire, et de s'y référer dans la formule du serment (§§ 479 à 483)¹.

Ces quelques règles sur la procédure relative à la prestation du serment sont intéressantes à signaler, car elles montrent qu'en Allemagne, même en matière civile, on a eu le souci d'entourer le serment de certaines solennités, contrairement à ce qu'a fait le Code français².

B. — *Italie.*

Les dispositions qui règlent, en Italie, le serment décisoire sont, à peu de chose près, les mêmes qu'en France, ce qui nous permettra de ne pas nous y arrêter longuement.

En Italie, le serment décisoire est celui qu'une par-

1. Weismann, *op. cit.*, §§ 45 b et 46.

2. A ce propos, on peut encore signaler que, d'après le Code de Genève, le président, en audience publique, doit exposer à la partie les faits sur lesquels le serment lui est déféré. Il lui rappelle les peines contre le parjure. La prestation de serment ne se fait pas de suite, à moins que des circonstances exceptionnelles ne l'exigent : elle n'a lieu qu'à une audience subséquente (art. 177). Au jour fixé, le serment doit être prêté dans les formes de l'article 178 : la partie tient la main levée et le président prononce la formule suivante : « Vous promettez sur votre honneur et vous jurez, devant Dieu, de dire toute la vérité et rien que la vérité, sur les faits qui viennent de vous être rappelés et sur lesquels votre partie adverse s'en rapporte à votre conscience. » La partie ayant dit : « Je le jure », le président ajoute : « Que Dieu, témoin de votre serment, vous punisse si vous êtes parjure. » Mais l'article 179 ajoute : « Si la partie qui doit prêter le serment déclare que, pour des motifs de conscience, elle ne peut le faire dans la forme ci-dessus, celle-ci pourra être modifiée par les juges. »

tie défère à l'autre pour en faire dépendre la décision de la controverse, conformément à l'article 1363 du Code civil, dont les termes sont à peu près semblables à ceux de notre article 1357, et qui dispose que le serment « qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre la décision de la contestation est appelé décisoire ».

La partie à laquelle le serment est déféré doit succomber dans sa demande ou dans son exception, si elle refuse de le prêter ; mais, s'il est prêté, l'adversaire n'est pas autorisé à en prouver la fausseté (art. 1367 et 1370 C. civ.).

L'admissibilité du serment décisoire est limitée aux faits qui n'ont pas un caractère délictueux et aux conventions pour la validité desquelles la loi n'exige pas un acte écrit ; il ne saurait être déféré pour contester un fait qu'un acte public atteste s'être passé dans l'acte même devant l'officier public qui l'a reçu. C'est ce qu'exprime l'article 1364, quand il dit que « le serment décisoire peut être déféré en toute espèce de contestation civile », et quand il ajoute qu'« il ne peut être déféré sur un fait délictueux, ni sur une convention pour la validité de laquelle la loi exige un acte écrit, ni pour contester un fait qu'un acte public atteste s'être passé dans l'acte même devant l'officier public qui l'a reçu. »

Le serment décisoire ne peut porter que sur des faits et non pas sur des « affirmations juridiques », et le fait

sur lequel il est déféré doit être personnel à celui qui a reçu la délation ; il peut encore être déféré sur la simple connaissance d'un fait (art. 1365 C. civ.).

La partie à laquelle le serment est déféré a le choix de le prêter, ou de le référer à son adversaire, pourvu toutefois que le fait qui en est l'objet soit commun aux deux parties, et qu'elle n'ait pas déjà déclaré qu'elle était prête à jurer (art. 1367, 1368, 1369 C. civ.). Tant que le serment n'a pas été accepté ou référé par l'adversaire, ou tant qu'il n'est pas intervenu de sentence irrévocable sur l'admissibilité de ce moyen de preuve, la partie qui l'a déféré peut le révoquer. De même la partie qui l'a référé peut le révoquer, tant que son adversaire n'a pas déclaré être prêt à jurer (art. 1372 C. civ.). La relation du serment entraîne cette conséquence que la partie qui l'a reçue doit succomber dans sa demande ou dans son exception, si elle refuse de jurer.

On assimile à un refus de jurer le défaut de comparution au jour qui a été fixé pour prêter serment, à moins qu'on ne puisse justifier d'un empêchement légitime (art. 225 C. proc. civ.) ; mais, par contre, on assimile à la prestation la dispense de jurer donnée par celui qui a déféré ou référé le serment, après que l'adversaire a déclaré être prêt à le faire (art. 1371 C. civ.).

Le serment décisoire peut être déféré dans n'importe quelle espèce de controverse civile, et quel que

soit l'état où se trouve la cause, même s'il n'y a aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle le serment est déféré (art. 1364 et 1366 C. civ. ; art. 220 C. proc. civ.).

Celui qui défère le serment doit en proposer la formule ; mais, en vertu de l'article 1372, il peut se rétracter et révoquer le serment déféré, même après que la sentence l'a admis et après que la partie adverse a déclaré être prête à jurer, si la formule proposée a été changée dans la sentence, à moins qu'il n'ait, par quelque acte postérieur, fait acquiescement à ce changement ¹.

En tout cas, la délation et la relation, la révocation et la dispense du serment, sont des actes que le mandataire ne peut accomplir sans un mandat spécial à cet effet ou sans que la partie soit directement intervenue au moyen d'une signature sur la citation (art. 221 C. proc. civ.).

Le serment doit être prêté à l'audience fixée ; exceptionnellement, et pour de graves motifs, un juge peut être délégué pour en recevoir la prestation (art. 222 C. proc. civ.). La sentence qui fixe le jour de la prestation est notifiée personnellement à la partie qui doit jurer, quinze jours au moins avant le jour fixé pour prêter serment (art. 223 C. proc. civ.). Et le serment doit être prêté par la partie qui est appelée à jurer, en

1. Nous retrouverons plus loin la question que soulève cet article (chap. III).

personne, et non par un mandataire, conformément à l'article 226 du Code de procédure, et à l'article 1362 du Code civil, qui dispose que « le serment doit toujours être prêté en personne et non par un mandataire ».

Le Code italien, enfin, entoure, lui aussi, le serment de certaines solennités. En effet, en vertu de la loi du 30 juin 1876, l'article 226 du Code de procédure est ainsi conçu : « Le serment est prêté en personne par celui à qui il a été déféré. Le président ou le juge délégué en fait précéder la prestation d'une admonition solennelle, où il rappelle la gravité morale de l'acte, le lien religieux que les croyants qui le prêtent contractent en présence de Dieu, et l'obligation de dire la vérité. La partie, avant de prêter le serment requis, prononce ces mots « Je le jure », et elle continue en lisant ou en répétant à haute voix les termes de la formule qui lui est soumise ¹. »

C. — Autriche.

En Autriche, le serment décisoire est inconnu, mais il existe, malgré tout, une procédure relative au

1. Voir sur tous ces points Chiovenda, *Principii di Diritto processuale civile*, 2^e édition, p. 686 et suiv., § 62. Le même auteur envisage, du reste, le déclin du serment décisoire, et il fait remarquer que le projet de réforme de la procédure présenté à la Chambre des députés, le 16 mars 1908, propose l'abolition du serment décisoire (art. 13). — A ce propos, on peut signaler que le serment

serment, et il n'est pas sans intérêt d'examiner ce qu'on a substitué au serment décisoire.

Dans le Code de procédure d'Autriche de 1895, il est, d'abord, parlé du serment aux §§ 205 et 206, et le serment dont il s'agit à cet endroit est un serment qui est prêté à la suite d'une transaction : il est donc prêté comme exécution d'un contrat. Mais ce sont les §§ 371 et suivants qui règlent véritablement la matière du serment.

D'abord, la preuve sur des faits contestés, qui ont une certaine importance pour le juge, peut être fournie par l'audition des parties, sur leur demande ou d'office (§ 371). Au cas où il s'agit d'un pupille représenté par un tuteur, le tribunal appréciera s'il faut entendre le représentant ou le pupille, ou bien l'un et l'autre.

En tout cas, pour ordonner ce moyen de preuve, le juge jouit d'un large pouvoir d'appréciation (§ 374) : il est libre de recourir ou non à l'audition des parties.

Les parties sont d'abord entendues sans serment, mais la prestation peut suivre leur audition. Quand elles sont entendues sans serment, si elles comparaissent toutes les deux, elles sont, en principe, interrogées l'une et l'autre sur les faits à prouver ; mais, avant de les entendre, le tribunal les avertit qu'elles

décisoire a disparu de la province de Québec, en 1897, dans une revision du Code de procédure, et l'article 22 spécifie que le juge peut, quand il l'estime nécessaire, exiger le serment.

pourront être tenues de prêter serment sur leurs déclarations (§ 376).

Si l'audition sans serment ne suffit pas pour convaincre le tribunal de la vérité ou de la fausseté des faits à prouver, il peut ordonner la prestation de serment (§ 377). La déclaration sous serment peut n'être imposée qu'à l'une des parties, et le tribunal peut, dans la déclaration qui a été faite sans serment, déterminer quelles affirmations doivent être répétées avec serment. Avant la prestation, le juge rappelle à la partie le devoir qui lui incombe de dire la vérité ; il lui rappelle également la sainteté et l'importance du serment, les conséquences d'un faux serment et les peines qui y sont attachées (§ 377). Le tribunal a, d'après les circonstances, le droit de décider quelle est celle des parties qui devra jurer (§ 378), et il peut remettre à plus tard la prestation de serment, s'il estime convenable de lui donner un délai pour réfléchir (§ 379). Au cas où l'une des parties ferait défaut, l'autre sera seule interrogée ; et le tribunal a le pouvoir d'apprécier ce qu'on peut tirer, au point de vue de la preuve qui était à fournir, du refus de répondre ou de jurer, des différences et des variations qui peuvent exister entre les réponses sans serment et les réponses avec serment (§§ 380 et 381).

En somme, ce qui caractérise la pratique en usage en Autriche, c'est d'abord une très large liberté laissée au juge ; c'est, ensuite, l'interrogatoire des parties, qui

sont entendues, comme le sont des témoins, avec la possibilité de leur imposer un serment quand le juge le croit nécessaire. Mais ce que les textes n'indiquent pas, c'est le point de savoir si, une fois que le serment est prêté, le juge serait libre ou non d'être convaincu : il est peut-être permis de penser que le juge n'est jamais lié par le serment. En tout cas, il paraît bien que le système autrichien a donné d'heureux résultats et, en général, parmi les auteurs, on le considère comme plus satisfaisant que le serment décisoire, dans lequel les parties et le juge sont liés par une formule sèche, tandis qu'un juge habile peut, par la façon dont il interroge les parties, faire apparaître plus sûrement la vérité ¹.

1. Voir sur ce sujet Klein, *Vorlesungen über die Praxis des österreichischen Zivilprozesses*, p. 170 et 171. — M. Schwartz (*Erneurung deutscher Rechtspflege*, p. 164 et suiv.) se déclare partisan, lui aussi, du système autrichien : comparution des parties avec faculté pour le juge de leur déférer le serment. Il fait remarquer, à ce propos, que le serment décisoire n'existe plus guère que dans les pays latins, comme la France, l'Italie, l'Espagne, le Portugal, et qu'il a disparu des pays qui se rattachent à la grande famille germanique, comme l'Angleterre et l'Autriche, par exemple. Le même auteur fait, d'ailleurs, remarquer que le Code de procédure civile allemand admet le principe de la libre conviction du juge, et que, dans un tel système, le serment décisoire ne devrait pas subsister. Il estime que c'est une contradiction ; en cas d'obscurité, le juge ne peut pas se refuser à statuer, et il a deux moyens à sa disposition : ou bien déférer le serment d'office ou bien absoudre, faute de preuve ; et il conclut en demandant la suppression du serment décisoire.

CHAPITRE II

LA QUESTION DE LA DÉLATION ÉVENTUELLE DU SERMENT DÉCISOIRE EN ALLEMAGNE ET EN ITALIE ¹

Quand on étudie, en Allemagne et en Italie, la question de la délation éventuelle du serment décisore, il en est une autre qu'il convient de présenter d'abord, parce qu'on la considère comme étroitement liée à la première : c'est la question de savoir si on peut déférer le serment décisore à celui qui a déjà prouvé sa prétention d'une autre manière.

Le principe de droit canonique en vertu duquel *non tenetur amplius jurare qui intentionem suam probatam habet* a exercé une certaine influence pour faire repousser dans cette hypothèse l'admissibilité du serment. C'est ainsi qu'il a été, en grande partie, appliqué dans la législation allemande, qui dispose, dans le § 446 du Code de procédure civile, que « le serment ne pourra être déféré sur un fait dont le contraire est considéré par le tribunal comme prouvé ² ».

1. Nous avons pris comme base de nos explications dans ce chapitre et le chapitre suivant l'ouvrage d'un auteur italien, M. Ferrara : *Studii e questioni di diritto processuale civile* (Naples, 1908), chap. v et vi.

2. « Die Eideszuschiebung über eine Thatsache, deren Gegentheil das Gericht für erwiesen erachtet, ist unzulässig. »

Le Code italien ne contient sur ce point aucune disposition expresse, ce qui a laissé le champ libre aux opinions les plus diverses et les plus opposées.

Une première opinion se réfère à la disposition du Code de procédure allemand et déclare que le serment décisoire est inadmissible, toutes les fois que le juge considère la prétention comme pleinement prouvée. Une autre proclame l'admissibilité du serment, même si les autres preuves ont déjà convaincu le juge. Une troisième opinion, enfin, part d'une distinction et considère que le serment est inadmissible, au cas seulement où les preuves qui ont déjà été fournies ont pleine force de loi, et l'estime, au contraire, comme admissible dans toutes les autres hypothèses, et toutes les fois où l'efficacité des preuves déjà fournies est remise par la loi à l'appréciation du juge. Cette dernière opinion part de ce principe que le serment décisoire peut être déféré dans n'importe quel état de la cause, ce qui implique qu'il peut l'être quand d'autres preuves ont déjà été administrées, à moins cependant qu'elles ne soient de nature à exclure toute preuve contraire, quelle qu'elle puisse être, et par conséquent aussi le serment décisoire lui-même.

Sauf la première opinion, qui, à elle seule, forme une opinion à part, il arrive parfois, chez certains auteurs, que la dernière soit dans un certain rapport avec la seconde, qui préconise l'admissibilité pleine et entière du serment. En effet, si absolue que puisse être

la possibilité de déférer le serment, dans l'hypothèse que nous envisageons, il est manifeste qu'elle ne pourra pas enfreindre les dispositions de la loi, et rendre une délation admissible quand elle est exclue par elle. De sorte qu'en limitant ainsi l'admissibilité de la délation, reconnue comme règle générale, au cas où elle ne vient pas à l'encontre d'une disposition de la loi, on arrive à fondre, dans une certaine mesure, les deux opinions, qu'on pourrait qualifier, l'une d'admissibilité absolue, et l'autre d'admissibilité relative. Et la théorie qui préconise l'inadmissibilité du serment n'est plus, pour ainsi dire, qu'un souvenir historique, et n'a plus aucun crédit en Italie, surtout depuis le jour où un auteur, Busatti, qui a écrit sur « l'admissibilité du serment décisoire sur des faits déjà prouvés ¹ », a démontré que le principe de droit canonique : *non tenetur amplius jurare qui intentionem suam probatam habet*, ne visait presque exclusivement que le serment supplétoire. Le seul point où il y ait dissentiment entre les partisans de l'admissibilité absolue et ceux de l'admissibilité relative, c'est, en ce qui concerne le pouvoir discrétionnaire du juge, que les premiers repoussent et que les seconds admettent, sur l'existence d'une pleine preuve légale de la prétention.

Pour M. Ferrara, il semble bien que la conclusion qu'il propose est celle-ci et que le système qu'il adopte

1. Busatti, cité par M. Ferrara, *op. cit.*, p. 136.

est le suivant : en se fondant, d'une part, sur les articles 1364 et 1366 du Code italien ¹ qui donnent une très grande étendue à la délation du serment décisoire et ne la limitent que dans certains cas déterminés, et d'autre part, sur un arrêt du 17 mai 1904, rendu par la Cour de cassation de Rome, il estime que ce qu'il importe de retenir, c'est qu'une partie ne peut pas déférer le serment, quand il existe une défense formelle de la loi, ou quand une preuve a été déclarée pleine et entière par une sentence ayant force de chose jugée. Dans tout autre cas, la restriction que le juge voudrait imposer à la possibilité de la délation ne servirait qu'à dénaturer complètement le serment décisoire, qui est un moyen suprême pour trancher le procès, sans qu'on ait à se préoccuper des preuves qui ont déjà été recueillies ou de celles qui le seront, car on ne peut reprocher à la partie de faire dépendre, comme elle en a le droit, le sort du procès de la déclaration appuyée de serment de son adversaire ².

Cette première question étant ainsi résolue, il est

1. Art. 1364. — « Le serment décisoire peut être déféré en toute espèce de contestation civile.

« Il ne peut être déféré sur un fait délictueux, ni sur une convention pour la validité de laquelle la loi exige un acte écrit, ni pour contester un fait qu'un acte public atteste s'être passé dans l'acte même devant l'officier public qui l'a reçu. »

Art. 1366. — « Il peut être déféré en tout état de cause, et même lorsqu'il n'y a aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle on défère le serment. »

2. Ferrara, *op. cit.*, p. 138.

possible d'aborder celle qui se rapporte directement à la délation du serment décisore « en voie subordonnée » ou, d'une façon plus précise, à la délation éventuelle ou subsidiaire du serment décisore. Avant tout, il faut bien saisir ce qu'on entend par là. Si on comprend, en effet, qu'on puisse successivement, sur le même objet, recourir à divers moyens de preuve et invoquer tous ceux qui sont reconnus par la loi, quand ils ne s'excluent pas (c'est ainsi que, sur le même fait, on pourra associer, dans les limites tracées par la loi, la preuve résultant d'actes écrits à celle de témoignages oraux), on comprend aussi que le serment décisore, étant un moyen de preuve qui, par lui seul, doit trancher le procès, ne puisse donner lieu à une délation simultanée ou contemporaine à d'autres moyens de preuve ; car, si on admettait cette sorte de coexistence du serment avec d'autres preuves, il ne serait plus par lui-même décisore, comme le fait remarquer M. Ferrara ¹. Ce n'est donc pas de cela qu'il s'agit, et le même auteur présente quelques-uns des cas qu'on doit avoir en vue quand on fait allusion à la délation éventuelle du serment décisore : ce sera, par exemple, le cas où celui qui doit prouver, pour donner plus de force à sa prétention, présente, dans une sorte de tableau d'ensemble, les différents moyens auxquels il aura recours ; en première ligne, il place les moyens ordinaires, et à

1. Ferrara, *op. cit.*, p. 140.

la fin, pour le cas où ils ne sauraient être admis ou bien s'ils venaient à disparaître, il se réserve le serment décisoire, qu'il déférera à son adversaire sur le même fait. Ou bien on peut encore supposer qu'on a eu recours aux moyens ordinaires, tout en se réservant la précaution de déférer le serment décisoire à l'adversaire sur les points qui ont fait l'objet des premières preuves, pour le cas où le juge estimerait qu'elles ne les ont pas démontrés.

A. — *En Allemagne.*

La question, ainsi nettement posée, a donné naissance, en Allemagne, à de vives controverses. Alors que les uns se ralliaient à cette idée qu'il est impossible de déférer le serment décisoire de cette manière, d'autres penchaient vers une opinion contraire et se réclamaient de la liberté qui appartient à la partie qui doit faire sa preuve de recourir au serment quand l'essai qu'elle a tenté des autres moyens a échoué.

Mais, ce qu'il importe de remarquer, c'est que, dès les premières manifestations de la doctrine allemande dans le sens de la délation éventuelle, possible, du serment décisoire, on a commencé par supposer, pour rendre possible aussi la prestation du serment ainsi déferé, que les autres moyens avaient complètement échoué. C'est en ce sens que s'exprime d'une façon très nette un auteur, Gönner, quand il dit qu'on com-

prend la délation éventuelle du serment décisoire quand celui qui y a recours ne veut en faire usage qu'au cas où ses autres moyens n'atteignent pas le résultat désiré : *auf den Fall nämlich, dass seine übrige Beweismittel die gewünschte Wirkung nicht hervorbringen*. Si les moyens de preuve qui ont été présentés en première ligne ont abouti à quelque résultat positif, et si ce résultat, d'après les règles de la procédure, est tel qu'il permet d'avoir recours à un serment supplétoire, on ne doit plus attribuer aucune valeur à la délation éventuelle du serment décisoire ; car, continue le même auteur, les premières preuves constituent, pour ainsi dire, la base sur laquelle les deux adversaires se sont entendus pour décider de leur différend. Mais ces mêmes preuves peuvent fort bien ne rien avoir démontré ni pour ni contre celui qui les a présentées, de sorte que le procès en est toujours au même état d'incertitude et qu'on ne peut pas faire usage du serment supplétoire : dans ces conditions, la délation éventuelle trouve une sphère d'application nécessaire et logique ¹.

Cesont, à peu près, les mêmes arguments et les mêmes raisons que font valoir les auteurs qui écrivent sur la question ². Mais, avant d'examiner dans quel sens elle fut résolue lors de l'apparition du Code de procédure, il n'est pas sans intérêt de voir quelle influence a pu exercer une autre institution de droit commun sur la

1. Gönner, d'après M. Ferrara, *op. cit.*, p. 142 et suiv.

2. Ferrara, *op. cit.*, p. 144 à 151.

solution qu'on donnait à la question, telle que nous venons de la présenter.

C'est l'institution de la *Gewissensvertretung* ou *probatio pro exoneranda conscientia*, qui consistait dans la faculté pour la personne à laquelle était déféré le serment de substituer au serment un autre moyen de preuve pour sauvegarder sa propre conscience. C'est à cette faculté que font allusion les expressions de *substitution de la conscience* (*Gewissensvertretung*) ou de *substitution avec preuve de sa conscience* (*sein Gewissen mit Beweis vertreten*), et on doit les entendre en ce sens qu'on substitue au témoignage de la conscience au moyen du serment une autre preuve.

Les rapports qui unissent cette institution au serment décisive, envisagé comme moyen subsidiaire, sont faciles à saisir. Si, en effet, la délation conditionnelle ou éventuelle du serment décisive, lorsque s'y viennent mêler d'autres preuves, a pour effet de rendre superflue la prestation du serment déféré à l'adversaire dans l'hypothèse où les autres preuves ont réussi, la *probatio pro exoneranda conscientia* a, de son côté, pour conséquence d'échapper à un serment déféré. Dès lors, il faut remarquer que si, à l'encontre d'un serment déjà déféré par le demandeur, le défendeur a la faculté de préférer à ce moyen d'autres preuves pour démontrer le fait en question, on doit d'autant plus reconnaître au demandeur la possibilité de préférer les moyens de preuve ordinaires et de ne recourir que

subsidiairement à la délation du serment décisoire, qui dès lors peut n'être qu'éventuelle, et subordonnée à la non-réussite des autres preuves.

Au moment où, en Allemagne, on préparait le Code de procédure, on peut résumer ainsi les opinions qui avaient cours. Le serment était considéré sous un double aspect : d'abord comme un moyen de preuve, de l'admissibilité duquel le juge doit décider ; et ensuite, comme un contrat, par lequel le déférant s'en remet du sort du procès à la conscience de son adversaire. Quand l'une des parties a déféré le serment seulement d'une manière éventuelle, sa volonté ne doit pas être interprétée en ce sens qu'elle a voulu recourir au serment même pour le cas où la preuve donnerait un résultat de nature à permettre l'usage du serment déféré d'office. D'ailleurs, ajoutait-on, il ne serait pas juste de priver le demandeur d'un moyen dont l'issue lui sera peut-être favorable, alors qu'il ne peut encore savoir quel sera le résultat donné par l'audition des témoins ou l'examen des écrits, et qu'il voudrait se prévaloir de la délation éventuelle du serment : quand le demandeur présente, en première ligne, un moyen de preuve et défère éventuellement le serment pour le cas où ce premier moyen ne donnerait aucun résultat appréciable, il exprime par là sa volonté et son intention de fournir, avant tout, la preuve sans l'auxiliaire du serment qu'il a déféré, de remettre à l'appréciation du juge le résultat de la preuve et la solution de la question

de savoir si on doit avoir égard au serment déferé éventuellement, et, enfin, de ne se prévaloir de ce serment que pour l'hypothèse où il est d'évidence que, pour fournir la preuve qui lui incombe, il n'a plus à sa disposition aucun autre moyen.

Telle était l'opinion générale de la doctrine ; et, malgré cet accord, les travaux préparatoires sur la législation de 1877 révèlent des dissentiments nombreux, et les trois projets sur le Code de procédure donnaient une solution différente à la question.

Le premier projet partait du fameux principe qui attribue au serment décisore un caractère transactionnel, et il en déduisait que s'il venait en concours avec d'autres preuves, c'était au serment qu'il fallait donner la préférence : il repoussait ainsi toute possibilité d'une délation éventuelle. « Les résultats, écrit un critique, des règles relatives au serment qu'on voulait édicter en Allemagne, en étaient rigides et extraordinaires, mais on ne pouvait nier qu'elles fussent la conséquence logique de la nature transactionnelle du serment ; ils avaient aussi comme conséquence de procurer un dénouement plus rapide du procès. » Mais M. Ferrara ajoute immédiatement que l'erreur était précisément d'attribuer au serment décisore un caractère transactionnel, et de méconnaître qu'il est un moyen de preuve subsidiaire.

Les deux autres projets, au contraire, partaient d'un point de vue différent et assignaient au serment déci-

soire, comme base fondamentale, la nature d'un moyen de preuve, et d'un moyen de preuve subsidiaire : *als subsidiäres Beweismittel*. Ils ne différaient que dans les conséquences : pour le plus ancien, dans le conflit provoqué par l'une et l'autre des parties entre le serment et les autres moyens de preuve, on devait donner la préférence au serment ; d'après le projet le plus récent, au contraire, on considérait la délation du serment, même dans ce cas, comme purement éventuelle.

En définitive, c'est dans le sens le plus libéral qu'on se prononça. En effet, le § 418 du Code de procédure civile de 1877, devenu le § 453 dans l'édition de 1898, dispose : « En déférant, acceptant ou référant le serment, l'une ou l'autre partie ne sera pas déchue du droit de proposer d'autres moyens de preuve. Si d'autres moyens de preuve ont été proposés, le serment ne sera réputé déféré que pour le cas où la preuve par lesdits moyens n'aboutirait pas ¹. »

Comme on le voit, la coexistence simultanée du serment décisive à d'autres moyens de preuve est transformée en une sorte de coexistence éventuelle, et la délation subsidiaire est subordonnée à la non-réussite des autres moyens de preuve : on a ici, pour ainsi

1. « Durch die Zuschiebung, Annahme oder Zurückschiebung des Eides wird die Geltendmachung anderer Beweismittel von Seiten der einen oder der anderen Partei nicht ausgeschlossen. Werden anderen Beweismittel geltend gemacht, so gilt der Eid nur für den Fall als zugeschoben, dass die Antretung des Beweises durch die anderen Beweismittel erfolglos bleibt. »

dire, ajoute M. Ferrara, un cas de conversion légale.

La loi suppose, pour rendre admissible d'une façon effective la prestation du serment déferé éventuellement, que les preuves auxquelles on a eu recours en premier lieu n'aient donné aucun résultat, ou bien qu'il ne soit pas de nature à permettre l'emploi du serment déferé d'office. Dans le cas où elles ont été tout à fait contraires au déferant, il n'est pas possible de prendre en considération la délation de serment, puisque, d'après le § 446 du Code de procédure, elle n'est pas admissible sur un fait relativement auquel le juge estime que le contraire a été prouvé.

Depuis lors, la doctrine allemande insiste sur le caractère subsidiaire du serment décisoire, même s'il n'est pas subsidiairement déferé, mais uniquement parce qu'il est un moyen de preuve, et les auteurs considèrent comme une erreur de soutenir que ce caractère subsidiaire transforme le serment de décisoire en supplétoire, quand il y a eu délation éventuelle, puisqu'il est contraire à l'essence du serment décisoire de ne servir que de complément de preuve (*nur als Ergänzung eines anderen Beweises*), rôle qui est exclusivement attribué au serment déferé d'office, qu'on appelle précisément pour cela « serment supplétoire ».

B. — *En Italie.*

En Italie, la même question s'est posée et on peut dire qu'elle y a reçu une réponse à peu près unanime, tant

dans la doctrine que dans la jurisprudence, dans le sens de l'admissibilité du serment déferé « en voie subordonnée » : *in via subordinata*.

Il faut noter, cependant, quelques opinions contraires. C'est ainsi qu'un écrivain classique sur la procédure, l'escatore, s'est opposé à la possibilité de déferer le serment décisoire de cette manière, et a vu, par l'effet de cette délation, une transformation du serment décisoire en supplétoire. Le passage où il s'exprime à ce sujet est ainsi conçu : « Le serment « subsidiaire », présenté en second lieu, quand on ne renonce pas au jugement du tribunal, mais qu'on le réclame en première ligne, ne peut être un serment décisoire, et on ne saurait l'admettre sans un commencement de preuve : autrement, mon adversaire trouverait dans la délation du serment plus d'autorité que le juge même. »

Mais la grande majorité des auteurs se prononce en sens contraire et s'oppose à cette manière de voir. Si quelques-uns partent d'un point de vue faux, en attribuant au serment décisoire un caractère transactionnel, ils ajoutent que la condition insérée dans un contrat n'en altère pas l'essence et n'enlève pas au serment son caractère exclusivement décisoire, puisque, pouvant être proposé en tout état de cause, il n'est déferé que pour l'hypothèse où les premiers moyens de preuve n'atteignent pas le but désiré, et qu'il ne peut jamais se transformer en supplétoire, puisque c'est la partie qui

l'a déferé, alors que la délation de ce dernier appartient au juge seul.

D'autres font valoir que l'essentiel, c'est d'examiner si le serment continue à fonctionner, suivant sa nature, et s'il atteint encore son but, qui est de trancher et de résoudre le procès. Il est vrai, ajoute-t-on, qu'il ne l'atteint pas immédiatement, et qu'en attendant on a recours à d'autres preuves qui pourront rendre la délation inutile; mais on fait en même temps remarquer que la puissance d'un agent quelconque se mesure au moment où il opère, bien que son action soit remise à un certain temps et soumise à des circonstances déterminées; on fait, enfin, valoir cette considération que c'est une erreur de croire qu'on respecte et qu'on sauvegarde l'élévation et la sublimité du serment, quand on lui dénie un caractère subsidiaire et qu'on le repousse, sous prétexte qu'il n'a pas été régulièrement proposé.

En réalité, ceux qui refusent au serment décisoire la possibilité d'être déferé subsidiairement donnent principalement comme raison qu'admettre une telle délation, c'est faire perdre au serment, en même temps que sa nature transactionnelle, son caractère décisoire, puisqu'il devient supplétoire, et prolonger, sans aucune utilité et sans aucun profit, le cours du procès.

Quant à la jurisprudence, on peut dire également qu'en Italie elle se réfère à la même manière de voir que la doctrine. Cependant, le 2 novembre 1902, la Cour de cassation de Rome a rendu un arrêt qui paraît

bien donner à la question une solution contraire. « Il est désormais, dit cet arrêt, hors de contestation dans la doctrine, comme dans la jurisprudence, que le serment décisoire ne peut être proposé en voie subordonnée sans en dénaturer l'essence. La loi permet qu'il le soit en tout état de cause, mais on ne saurait l'admettre que s'il est véritablement décisoire, c'est-à-dire quand celui qui le présente, renonçant à tout autre genre de preuve, recourt à ce moyen suprême et constitue son adversaire, lui-même, juge du procès. »

Néanmoins, c'est l'opinion la plus libérale qui est sanctionnée par la plupart des décisions jurisprudentielles, et deux arrêts, rendus, l'un le 18 août 1885, l'autre le 17 mai 1904, par la Cour de cassation de Rome, sont à ce point de vue très nets.

En effet, on y déclare, d'abord, que le serment décisoire n'est, en somme, qu'un moyen de preuve spécial, qui, par certains côtés seulement, ressemble à la transaction, principalement en ce sens, qu'une fois prêté, il assure entre les parties « la vérité absolue de l'existence ou de l'inexistence des faits sur lesquels il a été déféré ». Ce qui équivaut, en réalité, à dire, d'une façon peut-être détournée, mais néanmoins bien compréhensible, que le serment décisoire peut être assimilé à une transaction, en ce sens qu'il met fin au différend.

Les mêmes arrêts, ensuite, se fondent sur ce fait que les moyens de preuve ne donnent au magistrat qu'une certitude relative pour conférer aux parties la plus

grande liberté, en ce qui concerne la délation du serment décisoire. « De là, dit l'arrêt de 1885, la délation du serment décisoire par conclusions subsidiaires, au lieu d'être en opposition avec les dispositions de la loi, est, au contraire, conforme à la nature de cette preuve spéciale, accordée non pas pour abrégier les procès, mais bien pour donner satisfaction à la légitime exigence des plaideurs de combattre la certitude purement relative des preuves ordinaires. » Et l'arrêt se termine par ces paroles : « Les conclusions subsidiaires, qui ne sont qu'une forme extrinsèque, ne peuvent pas changer en supplétoire un serment décisoire ; car, s'il est déféré par la partie et non par le juge, s'il peut l'être même sans commencement de preuve, même pour contredire à celles présentées par l'adversaire, s'il doit avoir comme effet d'assurer d'une manière absolue entre les parties la vérité des faits controversés, on ne peut véritablement pas lui donner d'autre nom que celui de serment décisoire ¹. »

En résumé, on peut dire que ce qui domine en Italie, aussi bien dans la doctrine que dans la jurisprudence, c'est la possibilité très large, très étendue, de déférer le serment décisoire « en voie subordonnée » En Allemagne, au contraire, la question a reçu une solution plus étroite, puisqu'une délation dans cette forme n'est admissible que si les preuves présentées en pre-

1. Ferrara, *op. cit.*, p. 174 et 175.

mière ligne n'ont pas réussi (*al solo caso di non riuscita dei mezzi di prova dedotti in via principale*), tandis qu'en Italie on a l'impression que la délation éventuelle du serment décisoire est accueillie, non seulement au cas où les autres preuves sont rejetées, parce qu'elles ne sauraient être admises, mais aussi dans l'hypothèse où elles ne donnent aucun résultat, ou bien paraissent insuffisantes (*non solo per il caso in cui le altre prove proposte in via principale venissero rigettate, come inammissibili in rito, ma anche per il caso in cui esse non dessero alcun risultato positivo o apparissero insufficienti*)¹.

Mais, à côté des raisons que nous avons rappelées, on a présenté, en Italie et en Allemagne, une conception plus abstraite pour légitimer et justifier en même temps la délation éventuelle du serment décisoire.

On a parfois mis en avant cette idée que le serment décisoire est une transaction ; puis on a fini par l'abandonner à peu près complètement, au moins à ce point de vue, et on a fait appel à une conception qui se réfère à l'idée d'opération juridique de procédure qui peut être soumise à une condition. Et on a fait observer que l'opération juridique de procédure, relative au serment, consiste dans un changement des rapports qu'a créés le procès entre les deux adversaires (*Abänderung des Prozessverhältnisses*) : aux droits qui résultent de

1. Ferrara, *op. cit.*, p. 176.

ces rapports vient s'en ajouter un nouveau, qui consiste dans le droit à ce que le fait en discussion soit établi d'une façon certaine (*das Recht zur Thatensachefeststellung*), à ce qu'on acquière, au moyen du serment, une certitude sur le point litigieux. Dès lors, l'opération juridique unilatérale de délation du serment peut être soumise à une condition et on peut le déférer « en voie subordonnée ». On a fait observer, enfin, que la possibilité de soumettre à une condition une opération de procédure ne pouvait être méconnue, puisque l'insertion d'une condition dans un acte ou dans une opération juridique, en général, n'en altère pas l'essence, et que la même possibilité devait se rencontrer pour une opération ou un acte de procédure.

Et c'est ainsi qu'on est arrivé à justifier la délation éventuelle ou subsidiaire du serment décisoire, en ajoutant que c'est une erreur de convertir en supplétoire un serment déféré de cette manière, « puisqu'après tout un moyen de preuve ne peut pas, alors qu'il appartient exclusivement aux parties, se transformer en un moyen de preuve dont le juge a seul la disposition ¹. »

1. Ferrara, *op. cit.*, p. 177 et suiv.

CHAPITRE III

LA QUESTION DES ADDITIONS ET DES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR CELUI QUI JURE A LA FORMULE DU SERMENT EN ALLEMAGNE ET EN ITALIE.

La question de savoir si celui qui jure peut apporter à la formule du serment des changements quelconques est une de celles qui ont été le plus discutées en Allemagne et en Italie.

A. — *En Allemagne.*

En Allemagne, avant la législation de 1877, cette question avait déjà soulevé des discussions nombreuses, et à l'époque où on la préparait, les idées qu'on mettait le plus généralement en avant et qui l'inspirèrent en grande partie, étaient les suivantes.

On disait que si la partie tenue de jurer peut réclamer pour elle, étant données les limites étroites dans lesquelles est renfermé le procès, la prestation d'un serment à forme plus restreinte et à formule plus brève, elle ne peut pas, au contraire, introduire en sa faveur

des additions ou des modifications dans la formule du serment : *dagegen zu seinen Gunsten Zusatz und Aenderungen an der Eidesnorm nicht vornehmen darf.*

Et une tendance très marquée se dessinait pour tenir compte le plus possible des rapports qui unissaient le serment à la transaction et à l'aveu, et des effets qui en découlaient. C'est ainsi qu'on voulait respecter, d'une part, le formalisme du serment décisoire, et, d'autre part, tempérer, à l'aide de ce même formalisme, les exigences qui découlaient du caractère conventionnel, reconnu au serment décisoire. Aussi, tandis qu'on permettait d'appropriier et de conformer la formule du serment aux changements qui modifiaient les éléments du procès, avec la faculté de rectifier les circonstances, de peu d'importance, qui avaient trouvé place dans la formule, on décidait également qu'elle devait être répétée ou lue textuellement.

Ces principes ont été consacrés par deux règles dans le Code de procédure allemand.

C'est, d'abord, le § 469¹ (ancien § 431), qui dispose que « la partie qui doit prêter le serment et qui retire des allégations antérieures ou reconnaît des faits précédemment contestés, pourra offrir de prêter un ser-

1. « Der Schwurpflichtige, welcher frühere Behauptungen zurücknimmt oder früher bestrittene Thatsachen zugesthet, kann sich zur Leistung eines beschränkteren Eides erbiehen, selbst wenn der Eid bereits durch bedingtes Urtheil auferlegt ist. — Auch können unerhebliche Umstände, welche in die Eidesform aufgenommen sind, berichtigt werden. »

ment plus restreint, encore que le serment ait déjà été imposé par un jugement conditionnel. — Il est permis également de rectifier des circonstances peu importantes qui auraient été insérées dans la teneur du serment. »

C'est, ensuite, le § 482 (ancien § 444) qui dispose que « celui qui prêtera serment devra répéter ou lire la formule contenant la teneur du serment¹. »

La revision du Code de procédure, qui fut faite en 1898, n'a apporté aucune modification à ces dispositions, si ce n'est, dans l'ancien § 431, la substitution à l'expression *Eidesform* de celle d'*Eidesnorm* ; mais cette légère modification n'a changé en rien le fond des dispositions.

Cette absence de réforme quelconque sur un point aussi délicat et aussi important s'explique par ce fait que déjà, sous l'empire de la législation de 1877, les dispositions qui s'y référaient avaient reçu leur interprétation exacte².

Le serment décisoire était toujours, d'après le § 482, un moyen de preuve formel et solennel, qu'il fallait prêter en répétant ou en lisant littéralement la formule déjà proposée et acceptée, contenue dans la sentence par laquelle le juge en ordonnait la prestation.

Mais, cependant, celui qui devait jurer pouvait de-

1. « Der Eid wird mittels Nachsprechens oder Ablesens der die Eidesnorm enthaltenden Eidesformel geleistet. »

2. Ferrara, *op. cit.*, p. 192.

mander qu'on corrigeât les circonstances d'importance secondaire, qui n'exerçaient aucune influence sur l'efficacité substantielle du serment. On avait, en effet, déjà décidé dans la jurisprudence allemande que « la modification de la formule du serment à la demande de la personne qui doit jurer est inadmissible, quand on doit, à la place des faits contenus dans la formule même, introduire d'autres faits nouveaux, différents des premiers, et qui impliquent une solution différente de la controverse. »

La faculté de demander un changement dans la formule du serment ou bien de s'engager à le prêter conformément à la formule, mais dans des limites plus restreintes dans l'intérêt de l'adversaire lui-même, est considérée comme un correctif apporté soit à la corrélation inexacte qui peut exister entre les points litigieux du procès et la portée de la formule, soit à la façon imprécise dont le serment a été formulé ; et on estime que celui qui prête serment jouit, à cet égard, de la plus large liberté pour provoquer les changements nécessaires, sans que cela doive s'entendre comme un refus de jurer.

Mais, d'autre part, il est bien entendu, en Allemagne, comme on l'a fait remarquer dans les travaux préparatoires, que les seuls changements qu'on peut apporter à la formule du serment sont ceux qui sont relatifs à des circonstances de peu d'importance, comme, par exemple, une indication de temps si, dans l'espèce, la

date est indifférente. De plus, il est de toute nécessité qu'il intervienne, sur les changements invoqués, une déclaration de l'adversaire ; et il faut une proposition de la partie, sans qu'il lui soit permis d'y procéder de son propre mouvement, ce qui aboutirait, en réalité, à cette conséquence de se faire justice soi-même.

Ce sont, d'ailleurs, ces principes que répètent les auteurs allemands les plus récents, et c'est dans le même sens qu'ils interprètent les dispositions des §§ 469 et 482 du Code de procédure civile.

Dans de récents traités sur la procédure, on pose le principe que le serment doit être prêté de la façon dont il a été formulé (*der Eid ist so zu leisten, wie er normiert ist*) et on ajoute qu'on peut seulement, après l'admission de la formule dans la sentence, proposer et apporter des changements sur des circonstances négligeables ou accessoires (*nebensächlichen*), comme, par exemple, sur des indications qui ne sont pas essentielles de lieu, de temps, ou de qualité d'une chose, et on fait remarquer, enfin, « qu'il faut à ce changement une sentence du juge (*die Aenderung bedarf eines richterlichen Beschlusses*), qui, sur la demande d'une partie, ne peut statuer qu'à cet égard, pourvu toutefois que l'adversaire ne s'y oppose pas, et que si le changement est injustifié, ce peut être un motif pour attaquer la sentence définitive ¹. »

1. Weismann, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes*, t. I, § 45, p. 175.

B. — *En Italie.*

En Italie, la question n'a pas reçu une solution aussi ferme et aussi unanime qu'en Allemagne. Et pourtant, si on s'attache uniquement à la disposition de l'article 226 du Code de procédure, qui décide que celui qui prête serment « le prête en lisant ou en répétant clairement les paroles de la formule sur laquelle il jure », il semble qu'on ne devrait éprouver aucune hésitation, et qu'on ne devrait pas admettre, par respect pour le texte même de la loi, la possibilité d'apporter des additions ou des modifications à la formule du serment, quand elle est déjà établie, puisqu'on doit se contenter d'une reproduction textuelle, et, pour ainsi dire, mécanique, de la formule même.

C'est, du moins, l'opinion qu'émet M. Ferrara, et il fait valoir cette considération que, strictement, ces expressions : « les paroles de la formule sur laquelle il jure », se réfèrent aux paroles dans lesquelles celui qui prête serment est appelé à jurer et non pas à celles de la formule dans laquelle il jure effectivement, puisque la formule par laquelle celui qui prête serment jure, la formule qu'il doit lire ou répéter, ne peut être raisonnablement que celle qui a été proposée et acceptée, et dont le juge, par une sentence, a fixé la teneur. Pour M. Ferrara, par conséquent, si on s'en tient au texte

de la loi, aucune hésitation n'est possible : « Quand on prête serment, dit-il, on n'a ni la liberté ni la faculté d'apporter des modifications ou des additions ; la formule acceptée et établie par la sentence du juge constitue quelque chose d'immuable et d'irrévocable, et la prestation de serment n'est pas autre chose qu'un acte matériel, pour ainsi dire mécanique, tout en étant conscient et volontaire, qui consiste dans la lecture et la répétition de la formule ¹. »

Cependant la solution contraire a été bien souvent accueillie, et on peut dire qu'elle a sa source principale dans un compte rendu ministériel de M. Pisanelli sur le projet de loi du Code de procédure civile, où il est dit qu'on peut permettre à celui qui jure d'apporter des modifications ou des changements à la formule ou de faire des déclarations nouvelles.

Pendant longtemps on a considéré, dans la jurisprudence comme dans la doctrine, cette partie des travaux préparatoires comme une sorte d'interprétation authentique du Code de procédure ; et c'est à ce fait qu'on doit, semble-t-il, attribuer, en grande partie, la variété d'opinions qui se sont manifestées, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence, sur la question que nous étudions.

L'opinion la plus rigoureuse est celle qui nie toute possibilité d'apporter des additions et des modifications

1. Ferrara, *op. cit.*, p. 200.

à la formule déjà établie, et qui considère comme un refus de jurer tout changement qu'on voudrait y apporter. Cette opinion a été soutenue, en termes très précis, par M. Pescatore, pour lequel, une fois qu'il est accepté sans réserve, la formule du serment devient invariable ; s'il est prêté avec des modifications que la partie a délibérément introduites dans la formule, elle est dans la condition de quelqu'un qui n'aurait pas juré. C'est la même opinion qui est suivie par MM. Mattiolo, Lessona et Montani.

Mais un autre auteur, M. Bensa, apporte à cette manière de voir certains tempéraments : il estime qu'on ne peut pas considérer comme de véritables modifications de la formule les substitutions de synonymes, de termes également compréhensifs, et par conséquent aussi les simples explications qu'on y ajoute. En d'autres termes, il admet la faculté d'introduire dans la formule des « équivalents littéraux ou logiques », comme il les appelle, par exemple le mot « restituer » à la place du mot « payer », ou encore d'y ajouter des éclaircissements, des commentaires, des justifications, pour expliquer, par exemple, pourquoi des pourparlers n'ont pas réussi. Mais le même auteur déclare qu'on ne saurait aller plus loin et qu'on ne peut pas appliquer au serment les règles sur l'indivisibilité de l'aveu, en accordant à celui qui jure, tout en admettant le fait allégué par son adversaire, la faculté d'y apporter des additions capables d'en paralyser les conséquences,

bien qu'elles se rapportent au même fait et à la même opération juridique ¹.

M. Ferrara, sans se déclarer pleinement partisan de cette opinion et de ces tempéraments, paraît bien regretter qu'on ne puisse l'accepter pour atténuer la rigueur que porte avec elle la théorie de l'invariabilité absolue. Mais il la repousse pour cette raison surtout que la jurisprudence ne saurait pas maintenir, nette et précise, la ligne de démarcation entre les équivalents qu'on peut admettre et les modifications qu'on voudrait apporter à la formule, et qu'on devrait repousser, parce qu'elles tendraient à établir des faits nouveaux ou bien à changer les rapports juridiques qui unissent les deux parties ².

Une opinion intermédiaire s'est fait jour, qui part, en principe, du point de vue de l'invariabilité absolue ; mais elle ajoute qu'on doit admettre chez celui qui jure la faculté de modifier la formule du serment, quand il le prête, si le juge a déclaré qu'on pouvait recourir à ce moyen, alors que les parties étaient en contestation pour savoir si elles pouvaient y recourir : dans cette hypothèse, du moins, le changement qu'on apporte à la formule doit s'entendre dans un sens assez restreint et ne viser que les additions qui expliquent et justifient les faits controversés, et qui les replacent sous leur véritable aspect, sans toutefois qu'elles

1. Ferrara, *op. cit.*, p. 205.

2. Ferrara, *op. cit.*, p. 206.

puissent altérer, de quelque manière que ce soit, la substance de la formule.

Mais cette opinion intermédiaire n'a guère eu de partisan, et, pour la combattre, on a fait observer que l'exception introduite à la règle de l'invariabilité absolue ne se comprenait pas et qu'aucune conséquence spéciale ne devait dériver de ce fait que les deux parties étaient en contestation sur le point de savoir si le serment était ou non admissible. Même dans ce cas, a-t-on ajouté, la formule doit être considérée comme tacitement acceptée entre les parties et définitivement établie par la sentence qui admet le serment et en précise la formule ¹.

Enfin, certains penchent pour la théorie de la « variabilité absolue » de la formule du serment. Ils estiment, en effet, qu'il est absurde d'obliger celui qui prête serment à une reproduction matérielle de la formule ; car, c'est le mettre, par là, dans la pénible nécessité d'exercer une contrainte sur sa conscience, en omettant des circonstances dont il a pu conserver le souvenir ou en en dissimulant d'autres qui n'existent pas moins, alors que le but final du serment est de tirer de la conscience d'autrui, non seulement ce qui ne peut être autrement prouvé, mais la vérité dans toute sa manifestation et dans toute son étendue.

Les partisans de cette opinion font aussi valoir cette

1. Ferrara, *op. cit.*, p. 207.

considération que le serment décisore, si puissant qu'il soit dans ses effets, étant données les solennités qui l'accompagnent et les précautions qui l'entourent, ne laisse pas, en somme, d'être un véritable aveu judiciaire : il a, comme lui, son fondement dans la conscience de l'individu, et les mêmes pratiques, en particulier l'indivisibilité de la réponse, doivent le régler.

Si, en réalité, continue-t-on, le serment et l'aveu poursuivent le même but et cherchent à atteindre le même résultat, c'est-à-dire s'ils ont l'un et l'autre pour effet de tirer de la partie, en quelque sorte, une déclaration de vérité, il est juste de laisser à celui qui avoue comme à celui qui jure une certaine latitude pour qu'il puisse la faire apparaître dans toute son ampleur.

Enfin les partisans de cette théorie soutiennent qu'on ne doit pas s'arrêter à l'observation suivant laquelle il viole le droit de son adversaire, celui qui prétend introduire des modifications dans la formule après l'avoir acceptée, sans les avoir proposées avant son admission définitive, car cet argument tend à exagérer, outre mesure, les conséquences juridiques qu'on tire de l'assimilation du serment et de la transaction ; ils font remarquer qu'on est obligé de se soumettre, malgré soi, au serment, et qu'il est dès lors naturel, pour atténuer les inconvénients de cette contrainte, de reconnaître à celui qui jure la plus grande liberté pour se prononcer conformément à la vérité qu'il ressent et

de la meilleure manière que lui puisse inspirer sa conscience¹.

Dans la jurisprudence, les trois opinions, connues sous le nom de théories de *l'invariabilité absolue*, de *l'invariabilité relative*, et de *la pleine et entière variabilité*, sont tour à tour acceptées et sanctionnées par les arrêts : peu de questions ont donné naissance à une telle diversité d'opinions et il serait difficile de découvrir, à ce point de vue, dans l'une quelconque des cours suprêmes d'Italie, une manière de voir ferme et constante. Cependant on peut affirmer que, dans les sentences les plus récentes, c'est la solution la plus rigoureuse qui tend à prévaloir.

C'est ainsi que la Cour de cassation de Turin, par un arrêt du 11 décembre 1882, déclarait que « la partie à laquelle le serment est déféré, doit forcément, en le prêtant, rester dans les limites de la formule, sans pouvoir y ajouter quoi que ce soit de nouveau ou d'étranger ». Puis deux sentences de 1883 se réfèrent à une solution plus large et permettent de faire certaines additions à la formule, et, dans la même année, à quelques mois de distance, c'est la théorie de l'invariabilité absolue qui est de nouveau adoptée, et on décide « que le serment n'est pas susceptible de changements ou d'additions, parce qu'il tient à la fois et de la transaction et de la chose jugée ». Cette incertitude d'opi-

1. Ferrara, *op. cit.*, p. 208 et suiv.

nion continue à caractériser la Cour de cassation de Turin, et elle passe, en quelques mois, de la solution la plus rigoureuse à la solution la plus libérale pour arriver, en 1903, à décider que celui qui jure doit s'en tenir textuellement à la formule, telle qu'elle a été présentée, sans pouvoir y introduire des modifications, même purement accidentelles.

La même incertitude se manifeste à la Cour de cassation de Naples et à celle de Rome : l'une et l'autre adoptent tour à tour les trois opinions et donnent en général, pour les justifier, les mêmes arguments que l'on rencontre chez les auteurs. Pourtant il semble bien que, dans ces deux Cours, comme dans celle de Turin, ce soit la solution la plus rigoureuse qui tende à s'établir.

Contre cette jurisprudence flottante et indécise, M. Ferrara s'élève avec force ; surtout il combat énergiquement les décisions qui se réfèrent à la théorie de l'invariabilité relative ou théorie des équivalents. Mais, pourtant, ce n'est pas sans regret, car il laisse bien entendre, ici encore, que cette opinion intermédiaire, sagement conçue et sainement appliquée, présente certains avantages incontestables, car, maintenue dans les limites qui lui sont fixées, elle est une juste et utile compensation aux formalités qui entourent le serment décisoire et qui sont d'un autre temps. Mais il invoque la jurisprudence, et il s'appuie sur elle pour montrer à quelles conséquences on est entraîné, quand on

ne fait pas de cette opinion un usage normal et rigoureux, et quelles erreurs on consacre. Devant ces conséquences fâcheuses, il préfère la repousser et, pour s'y décider plus complètement, il propose ce dilemme : ou bien, dit-il, les modifications en question ont une portée secondaire, presque superflue, et n'exerceront aucune influence sur l'issue du procès, et alors mieux vaut les rejeter ; ou bien elles ont une portée plus haute, de nature à pouvoir modifier les limites dans lesquelles le débat était compris, et alors, si on n'y a pas songé précédemment, il n'est plus permis, au moment où on prête serment, de les introduire dans la formule et de donner au procès en quelque sorte une base nouvelle.

Puis M. Ferrara fait valoir d'autres considérations pour justifier sa manière de voir. Pour lui, le serment décisoire est « un acte à la fois typique et solennel, d'un caractère rigoureux et formel, d'une efficacité catégorique et péremptoire », suffisant à lui seul pour trancher le procès, et il part de là pour adopter la solution la plus rigoureuse. D'ailleurs, il estime que les additions, les modifications, les changements tardivement apportés à la formule du serment constituent une véritable injustice à l'égard du déférant ; car, si des faits nouveaux avaient été proposés en plein cœur du procès, celui-ci aurait embrassé d'autres limites : on aurait pu faire appel à d'autres exceptions ou à d'autres moyens de défense, on aurait pu recourir à d'autres

preuves ; et le déférant n'aurait peut-être pas remis à la conscience de son adversaire le soin de trancher le différend, ou bien il aurait pu déférer le serment sous un autre aspect et à l'aide d'une formule toute différente. Il n'est donc pas juste de lui imposer la solution du procès dans des termes autres que ceux qui ont été établis d'un commun accord, et que la sentence du juge a consacrés.

En outre, ajoute-t-il, on ne voit pas pourquoi on permettrait à l'adversaire de faire ce qui est défendu au juge, puisque la loi permet au déférant de rétracter la délation, quand la sentence a modifié la formule qu'il avait proposée (art. 1372 C. civ.) ¹. Si le pouvoir de modifier la formule n'appartient pas au magistrat, à plus forte raison ne peut-il pas appartenir à celui qui jure. M. Ferrara observe qu'il est curieux de remarquer que cette faculté a été reconnue par la jurisprudence, puisqu'elle décide que si la sentence qui admet le serment en a modifié la formule, le déférant peut le révoquer, bien que la sentence soit passée en force de

1. Art. 1372. — « La partie qui a déféré le serment peut se rétracter tant que la partie adverse n'a pas déclaré l'accepter ou le référer, ou tant qu'il n'est pas intervenu de sentence irrévocable sur l'admission du serment.

« Elle peut se rétracter même après la sentence et après que la partie adverse a déclaré être prête à le prêter, si la formule proposée a été changée dans la sentence, à moins qu'elle n'ait par quelque acte postérieur à la sentence fait acquiescement au changement de la formule.

« La partie qui a référé le serment ne peut plus se rétracter, si l'autre partie a déclaré être prête à le faire. »

chose jugée ; et il insiste sur la contradiction de la jurisprudence : elle admet la possibilité d'une révocation, même pour des changements qu'a consacrés la chose jugée. et elle autorise la partie qui jure à faire quelque chose que l'autorité de la chose jugée elle-même ne peut rendre irrévocable.

D'ailleurs, ce n'est pas la seule bizarrerie qu'il se plaît à découvrir et à signaler dans la jurisprudence. Il insiste, en particulier, sur celle qui consiste à justifier les trois théories par l'idée du caractère transactionnel attaché au serment décisoire. Qu'on invoque ce caractère pour justifier la solution la plus rigoureuse, celle de l'invariabilité absolue, on le comprendrait encore, puisqu'on peut soutenir que si celui qui jure ne peut apporter aucune modification à la formule, c'est parce qu'il est intervenu une convention entre lui et le déférant. Mais la jurisprudence fait appel au même principe pour justifier les changements ou les additions que celui qui jure voudrait apporter à la formule du serment, et les décisions qui donnent cette base à leur argumentation déclarent que l'essentiel est bien que la réponse n'altère pas la substance du fait sur lequel le serment est déféré, et ne porte pas atteinte au contrat judiciaire transactionnel qu'ont passé entre eux les deux adversaires.

Au reste, cela n'a rien qui doive étonner, ajoute M. Ferrara, si on remarque que, dans beaucoup de décisions, on rappelle cet ancien principe de la nature

transactionnelle du serment décisoire plutôt par une sorte d'acquit de conscience et, dans nombre d'entre elles, on l'invoque, alors qu'on pourrait fort bien le passer sous silence et qu'il n'est d'aucune utilité dans la question qui est soumise aux juges, comme si on ne pouvait parler de serment décisoire sans parler en même temps de transaction. Et M. Ferrara s'appuie sur ce fait pour repousser toute assimilation entre serment décisoire et transaction, car pour lui ce ne peut être un principe sérieux et fondé que celui qui sert de base à des théories si diverses et si opposées.

D'ailleurs, si on peut dire que jusqu'à ces dernières années, c'était encore la conception attribuant au serment décisoire un caractère transactionnel qui prévalait, il faut reconnaître que les partisans en ont été en diminuant, et qu'aujourd'hui la grande majorité des auteurs repousse toute assimilation entre les deux institutions.

C'est ainsi que M. Mattiolo nie l'identité entre le serment et la transaction, mais reconnaît une analogie ; que M. Francesco Bianchi déclare de même qu'entre les deux institutions l'analogie n'est pas très étroite, parce qu'elle consiste uniquement en ce que, par la délation de serment, on tend à mettre fin à un procès, en faisant dépendre du serment la solution de la controverse. M. Saredo déclare erronée pour beaucoup de raisons la doctrine d'après laquelle le serment est une espèce de transaction. et M. Mortara, le premier des

procéduristes italiens, a partagé cette manière de voir ¹.

M. Ferrara repousse donc toute analogie entre le serment décisoire et la transaction, et il est intéressant d'examiner quelle conception il substitue à celle qu'il combat et qu'il n'accepte pas.

Pour lui, en effet, c'est se tromper que de voir un contrat là même où le consentement fait défaut, alors qu'il apparaît nettement qu'une contrainte est exercée sur l'une des parties, celle qui doit jurer : on ne peut parler de consentement qu'au cas où les deux adversaires recourent à ce moyen, d'un commun accord ; mais, en dehors de là, on ne saurait découvrir un concours de volontés et on ne doit pas partir d'une hypothèse spéciale et particulière pour caractériser une institution.

Cependant, dans la conception traditionnelle, il découvre un élément dont on doit tenir compte et qu'on doit prendre en considération : c'est celui qui se résume en ce fait que l'acte de volonté de l'une des parties, le déférant, a la très grande force, la très grande efficacité, de suffire à lui-même à faire résoudre le procès au moyen du serment, du *remedium*

1. Voir à ce sujet et pour les auteurs cités, Lessona, *Revue trimestrielle de Droit civil*, t. III, et Ferrara, *op. cit.*, p. 235, n. 2 et 3 ; Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario civile*, II, 5^e édition (1902), n° 827, p. 721 et n° 2 ; Bianchi, *Corso di diritto civile*, vol. V, p. 940 ; Saredo, *Istituzioni di procedure civile*, 3^e édition, n° 574, p. 424 ; Mortara, *Commentario*, vol. I, n° 543, p. 680, vol. III, n° 493, p. 584.

extremum expediendarum litium. Cet élément, l'opinion traditionnelle le reconnaît, puisqu'elle parle de concours de volontés, et M. Ferrara le dégage, car il estime que c'est à lui surtout qu'on doit s'attacher pour caractériser le serment décisoire.

En effet, il ne pense pas qu'il soit absolument exact de qualifier le serment décisoire de moyen de preuve, car s'il poursuit en réalité le même but que les moyens de preuve ordinaires, on ne peut pas dire qu'il l'atteint par suite d'éléments propres à former la conviction du juge, mais parce que la partie a fait une déclaration de volonté, munie, comme il le dit, d'une « efficacité dispositive » et qui lie le juge lui-même ¹. Cette déclaration de volonté, cet acte de « disposition » est une loi, pour ainsi dire, qui régit les parties et le juge : celui qui émet une prétention et qui défère à son adversaire, qui la conteste, le serment décisoire, déclare par là sa volonté de ne pas considérer cette prétention comme devant servir de base à la sentence, dans le cas où son adversaire jurerait le contraire de sa prétention ; ce qui importe, c'est que le serment soit prêté dans les conditions où le déférant a voulu qu'il fût prêté, ou bien à l'aide d'une formule que le juge, d'un commun accord avec les parties, a rendue plus précise, et une fois qu'il est prêté, le juge n'a pas à faire appel à son intime

1. « Ma semplicemente per effetto di una dichiarazione di volontà della parte fornita di efficacia dispositiva e vincolante anche per il giudice. » (Ferrara, *op. cit.*, p. 253.)

conviction : il ne doit prendre en considération que la prestation elle-même. La partie est libre de fixer comme elle l'entend les limites dans lesquelles le procès doit recevoir sa solution ; mais quand elle les a irrévocablement fixées, il n'appartient à personne de les modifier.

L'invariabilité absolue de la formule du serment est donc pour M. Ferrara la conséquence incontestable de l'opération juridique de procédure qui consiste dans la délation du serment décisoire, ou bien, si on veut, de l'acte de disposition de la partie, auquel la loi reconnaît pleine efficacité dans les limites et sous les conditions où elle l'a voulu ¹ : toute tentative faite pour sortir de ces limites, telles que la formule les a imposées, est une atteinte portée aux droits du déférant, car on peut affirmer que ce qui domine dans toute la procédure du serment, c'est le principe du respect qu'on doit à la volonté du déférant, telle qu'il l'a manifestée dans la formule même.

La conception que M. Ferrara présente du serment décisoire et l'analyse qu'il en donne sont, d'ailleurs, conformes à celles qu'on trouve chez des auteurs allemands.

1. « L'invariabilità assoluta della formula litisdecisoria è la conseguenza incontestabile del negozio giuridico processuale di delazione del giuramento decisorio ; e, per chi non ammette il concetto di negozio processuale, è la conseguenza non meno incontestabile dell'atto dispositivo della parte, al quale la legge riconosce piena efficacia nei limiti e coi presupposti in cui esso fu dalla parte stessa voluto. (Ferrara, *op. cit.*, p. 254.)

En Allemagne, en effet, la tendance la plus générale paraît bien être de ne pas considérer le serment décisoire comme un moyen de preuve. Le serment décisoire, dit M. Weismann, n'est pas un moyen de preuve, pas plus qu'il n'est un contrat de transaction ; il ne peut pas s'analyser en une transaction, car il ne repose pas sur une entente des parties : la délation comme la relation du serment met plutôt l'adversaire dans un état de contrainte forcée ¹.

Du moins, si on le considère sous l'aspect d'un moyen de preuve et si on lui donne cette qualification, on ajoute immédiatement qu'il n'est pas un moyen de preuve ordinaire, un moyen de preuve qui, comme les autres, a telle ou telle influence sur l'issue du procès, suivant le degré de conviction qu'il a pu faire naître chez le juge : « Ce qui est extraordinaire, dit plus loin M. Weismann, dans cette preuve au moyen du serment des parties, c'est qu'ici l'établissement d'un fait dépend directement de l'attitude d'une partie et que la décision sur la vérité ou la non-vérité d'un fait est, en définitive, donnée par la partie, alors que cet office appartient ordinairement au juge. » C'est ce qui a permis à un auteur allemand de dire que le serment décisoire était plutôt un moyen pour établir des faits sans preuve : *ein Mittel zur Feststellung von Tatsachen ohne Beweis* ². Et c'est, enfin, la même pensée qu'exprime M. Crome,

1. Weismann, *op. cit.*, t. I, § 45, p. 175 et 176.

2. Ferrara, *op. cit.*, p. 247.

quand il écrit que la délation du serment décisoire n'est pas pour le juge un moyen de conviction : *Kein Ueberzeugungsmittel*.

En effet, continue le même auteur, le fait sur lequel on prête serment est reconnu comme exact et certifié en se fondant sur la « disposition » de la partie qui a fait dépendre cette certitude de la prestation du serment décisoire : s'il participe de la nature d'un moyen de preuve, c'est en ce sens qu'il ne peut porter que sur des faits personnels à celui qui jure et non pas sur tout fait quelconque, et on ne peut méconnaître qu'à la délation du serment est attaché un caractère de disposition : *haftet ein dispositives Moment an*.

Et M. Schmidt déclare que ce qui est essentiel ici, c'est le caractère de l'acte de disposition ou de l'acte de volonté (*Willensakt*) et le caractère extraordinairement rigoureux (*äußerst streng*) de toute l'institution. L'acte de délation du serment apparaît sous un aspect particulier : à la différence de ce qui se produit quand on a recours à d'autres preuves, il engendre immédiatement et par lui-même des effets juridiques déterminés, qui enchaînent, pour ainsi dire, *ipso jure* l'adversaire. C'est pour cette raison que la délation doit être envisagée, à côté du serment décisoire, comme une opération juridique de procédure : *ist deshalb wie der Eid als ein prozessuales Rechtsgeschäft zu bezeichnen*.

Néanmoins, quelle que soit la puissance de la volonté du déferant, on peut se livrer à un examen attentif pour

voir si la formule correspond au sujet sur lequel on discute, si elle est en rapport avec le caractère décisive de la déclaration qui doit être faite, si elle répond à l'objet du procès. Mais cela n'est possible que jusqu'au moment où la sentence qui admet le serment intervient : une fois que la formule du serment est irrévocablement fixée par la sentence, celui qui jure ne peut, en aucune façon, la modifier au moment où il prête serment, car, par là, c'est-à-dire par la sentence, l'opération juridique de procédure, qui consiste à s'en remettre pour la solution de la difficulté au serment de l'adversaire, est devenue parfaite : *das prozessuales Rechtsgeschäft der Abstellung der Sache auf den Eid des Gegners ist damit perfekt geworden.*

Et c'est précisément parce qu'on est en présence d'une opération juridique de procédure, dans laquelle la déclaration de volonté de la partie a une telle efficacité, qu'on admet qu'une délation de serment valablement rétractée peut être de nouveau réitérée dans la suite, c'est-à-dire qu'elle peut l'être en tout état de cause : *eine gültig zurückgenommene Eidesdelation kann in der Folge auch wiederholt werden.*

Ce sont les mêmes idées, enfin, qu'exprime un procéduriste allemand, Trutter, quand il déclare que, bien qu'elle soit un acte unilatéral, la délation du serment décisive est un lien strict et rigoureux pour les deux parties et pour le juge même, car le fait sur lequel le procès est né est certifié, par suite de la déclaration

que la partie a faite à son sujet, en jurant ; et, contrairement à ce qui se produit avec les autres moyens de preuve, le juge n'a pas à prendre en considération sa conviction intime et personnelle. On ne doit pas s'arrêter à rechercher quel peut être le bien fondé de la déclaration faite par celui qui jure ; on doit s'attacher uniquement à la formalité qu'il a accomplie : le serment décisoire n'est donc pas un véritable moyen de preuve ¹.

Dans le serment décisoire, ce qui a donc plus particulièrement frappé les auteurs allemands, et M. Ferrara comme eux, c'est l'acte de délation ; ils lui donnent une importance capitale, car, en déférant le serment, la partie a manifesté sa volonté de s'en remettre pour trancher le procès à la déclaration, appuyée de serment, de son adversaire : cette volonté est toute-puissante, puisqu'en réalité elle a le pouvoir et la très grande efficacité d'amener, par un mode spécial, la solution de la difficulté, elle s'impose à l'adversaire, elle s'impose au juge lui-même, elle domine toute l'institution. Cette importance attribuée par eux à la délation du serment décisoire, les auteurs allemands la soulignent encore, quand ils la qualifient d'*opération juridique* ou d'*acte de procédure*, comme pour mieux l'individualiser, en quelque sorte, et dégager son caractère d'une façon plus apparente.

1. Voir sur tous ces points Ferrara, *op. cit.*, p. 248 et suiv.

CONCLUSION

Comme conclusion à cette étude, plusieurs considérations s'imposent pour préciser certains points.

Le serment décisoire est un moyen de preuve ; un moyen de preuve anormal, extraordinaire, exorbitant du droit commun sans doute, mais un moyen de preuve, malgré tout. Il n'est certainement pas un contrat, sous quelque nom qu'on le désigne : tout élément conventionnel doit être éliminé de l'analyse qu'on en veut faire.

Cependant, quelle que soit l'opinion qu'on adopte, quelle que soit la notion qu'on en ait, il faut reconnaître que le serment décisoire présente des inconvénients réels, incontestables ; inconvénients qui tiennent à ce fait d'abord qu'il est un serment, et dont le principal est peut-être de placer la partie qui jure entre son intérêt et sa conscience ; inconvénients qui résultent ensuite des règles auxquelles il obéit, en tant qu'institution juridique : à ce point de vue, les dérogations qu'il apporte au droit commun sur l'administration et le rôle de la preuve, la presque impossibilité devant laquelle on se trouve de réprimer le parjure, sont des résultats qui peuvent certainement prêter à la critique.

Ces inconvénients, à quelque cause qu'ils tiennent, on n'a pas manqué de les signaler dans les études générales auxquelles on s'est livré sur le serment, et notre but ici n'est pas de les rappeler en détail. Nous voudrions cependant, à ce sujet, préciser un point et présenter une dernière observation.

Ceux qui désirent voir disparaître de nos institutions juridiques le serment décisoire pourraient peut-être considérer comme un obstacle, à peu près insurmontable, la conception traditionnelle sur sa nature juridique et être arrêtés par le principe supérieur de la liberté des conventions : on ne peut pas davantage, pourrait-on dire, empêcher deux plaideurs de recourir au serment décisoire pour vider leur différend, qu'on ne peut s'opposer à ce que deux personnes concluent une convention à leur gré et quand bon leur semble. Mais, si le serment décisoire n'est qu'un moyen de preuve, tout obstacle est écarté, et à ceux qui désirent une réforme en ce sens, aucun principe supérieur ne peut être opposé.

En définitive, il serait peut-être plus désirable que le contrôle reconnu aux juges par la jurisprudence, en matière de serment décisoire, continuât à s'affirmer d'une façon de plus en plus nette, et qu'ils ne l'admettent que dans les hypothèses où leur conviction ne peut se former à l'aide d'aucun autre élément du procès, car c'est dans de telles circonstances qu'il présente, avant tout, de l'utilité.

Au reste, on semble oublier trop volontiers, quand on le critique, que le serment décisoire n'est qu'un moyen subsidiaire, une dernière ressource, dont on ne fait usage qu'en cas d'absolue nécessité : les inconvénients qu'on lui reconnaît sont par là diminués en partie.

D'ailleurs, les inconvénients que peut présenter une institution quelconque n'apparaissent avec toute leur gravité que si on en fait un usage excessif et démesuré : tel n'est pas le cas pour le serment décisoire ; les plaideurs n'y recourent que de plus en plus rarement, et le contrôle des tribunaux serait, ici encore, un contrepoids suffisamment efficace aux abus qui pourraient se manifester en ce sens.

VU : *Le Doyen,*

LYON-CAEN.

VU : *Le Président de la thèse,*

A. TISSIER.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

LIARD.



TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE.	VII
AVANT-PROPOS.	1

INTRODUCTION. — *Caractère religieux du serment.*

Rapports de la religion et du serment en Grèce, à Rome, dans l'ancien droit, à l'époque de l'apparition du Code civil; solution actuelle de la question.	3
--	---

PREMIÈRE PARTIE

Evolution historique du serment décisoire.

CHAPITRE PREMIER

LE SERMENT DÉCISOIRE EN DROIT ROMAIN

Les trois serments en usage à Rome Originalité du <i>jusjurandum necessarium</i> ; ses rapports avec certaines formules d'actions et avec la <i>sponsio pœnalis</i> . Le serment déféré <i>in judicio</i> ; son influence sur le serment décisoire.	21
---	----

CHAPITRE II

LE SERMENT DÉCISOIRE A L'ÉPOQUE FRANQUE

Aperçu général sur le système des preuves à cette époque : sa répercussion sur le serment ; garanties qui l'entourent ; son usage fréquent comme moyen de preuve ; son emploi comme serment décisoire.	33
---	----

CHAPITRE III

LE SERMENT DÉCISOIRE A PARTIR DU X^e SIÈCLE

Changements observés dans l'usage du serment ; influences qui ont contribué à lui donner une impulsion nouvelle ;	
--	--

inconvenients qu'il présentait ; restrictions dans son emploi à partir du ix ^e siècle. Conception nouvelle apportée dans le mécanisme de la preuve ; son influence sur le serment. Action exercée par le droit romain, par le droit canonique, par l'apparition et l'organisation des autres moyens de preuve.	44
---	----

DEUXIÈME PARTIE

Le serment décisoire en droit français.

CHAPITRE PREMIER

IDÉE GÉNÉRALE ET SOMMAIRE DE L'INSTITUTION. SA DÉFINITION

Déroations apportées par le serment décisoire au système général des preuves, en ce qui concerne les parties en cause, le mécanisme de la preuve, le rôle du juge. Subsidiarité du serment décisoire ; sa définition.	55
---	----

CHAPITRE II

NATURE JURIDIQUE DU SERMENT DÉCISOIRE

Conception traditionnelle sur les rapports du serment décisoire et de la transaction ; trait commun des différentes opinions ; explication qu'on en peut donner ; interprétation erronée des textes romains. En quoi le serment décisoire se rapproche de la transaction, en quoi il en diffère. Autres opinions émises à ce sujet. Le serment décisoire n'est qu'un moyen de preuve ; explication de son mécanisme.	65
--	----

CHAPITRE III

ÉTAT DE LA JURISPRUDENCE SUR LA QUESTION

Décisions qui reconnaissent au serment décisoire un caractère transactionnel ou conventionnel : différents points de vue auxquels la jurisprudence s'est placée ; conséquences résultant de cette manière de voir ; comment la jurisprudence y a remédié.	87
---	----

CHAPITRE IV

LE SERMENT DÉCISOIRE ENVISAGÉ DANS SES EFFETS ET DANS SES CONDITIONS GÉNÉRALES

Section I. — Le serment décisoire envisagé dans ses effets.

A. Il doit terminer la contestation d'une façon péremptoire. — B. Il doit porter sur des faits « relevants » : de la délation du serment décisoire par des conclusions subsidiaires ; opinion de la jurisprudence, opinion de la doctrine ; solution proposée. 107

Section II. — Le serment décisoire envisagé dans ses conditions générales. — A. Des cas dans lesquels il peut être déféré : sa sphère d'application très étendue ; restrictions qu'on y doit apporter. — B. Capacité requise : explication donnée pour justifier la capacité de transiger. — C. Le fait doit être personnel à la partie à laquelle le serment est déféré : justification de ce principe ; difficultés qu'il soulève. Serment de crédulité ; article 2275. — D. Alternative dans laquelle se trouve placée la partie à laquelle le serment est déféré : elle doit jurer ou référer le serment ; quand peut-on dire qu'elle a juré ? 117

CHAPITRE V

FORCE PROBANTE DU SERMENT DÉCISOIRE

Principe posé par l'article 1363. Article 366 du Code pénal ; interprétation donnée par la jurisprudence ; quasi impossibilité de réprimer le parjure. Logique du système de la jurisprudence. 142

TROISIÈME PARTIE

Le serment décisoire en Allemagne, en Italie et en Autriche.

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS

A. *Allemagne.* Règles qui gouvernent le serment décisoire. — B. *Italie.* Dispositions principales du Code italien sur le serment décisoire. — C. *Autriche.* Disparition du serment décisoire ; interrogatoire des parties avec ou sans serment. 153

CHAPITRE II

LA QUESTION DE LA DÉLATION ÉVENTUELLE DU SERMENT DÉCISOIRE EN ALLEMAGNE ET EN ITALIE

Question préliminaire : opinions diverses. La délation éventuelle : position de la question ; sa solution : A. *En Allemagne* : avant la législation de 1877 ; influence exercée par l'institution de la *Gewissensvertretung*. Examen de la législation de 1877. — B. *En Italie* : Admissibilité du serment déferé « en voie subordonnée. » Opinion presque unanime des auteurs et de la jurisprudence. Comment on est arrivé en Allemagne et en Italie à justifier la délation éventuelle du serment décisoire. 168

CHAPITRE III

LA QUESTION DES ADDITIONS ET DES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR CELUI QUI JURE A LA FORMULE DU SERMENT EN ALLEMAGNE ET EN ITALIE

A. *En Allemagne*. Etat de la question avant l'apparition du Code de 1877 : consécration des principes précédemment admis. Impossibilité générale d'apporter des changements, sauf quelques exceptions. — B. *En Italie*. Diversité d'opinions sur la question ; invariabilité absolue, invariabilité relative, pleine et entière variabilité. Etat de la jurisprudence : consécration des trois théories. Critiques de M. Ferrara ; théorie qu'il propose ; les raisons qu'il en donne. Sa conception du serment décisoire. Conception analogue des auteurs allemands. 186

CONCLUSION. 210

